Kann nach vollendeter Ersitzung noch ein Kondiktionsanspruch gegeben sein?

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Carlheinz Hartung
aus Düsseldorf
Referendar am Landgericht zu Düsseldorf

Approbiert am 19. April 1932

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1932

1939:243

Referent: Geh. Just.-Rat Univ.-Professor Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet!

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Der Kondiktionsanspruch nach vollendeter Ersitzung im römischen Rechte.

§ 1. Sinn und Zweck der Ersitzung 1

§ 2. Die Geschichte der usucapio und longi temporis praescriptio 3

§ 3. Die bona fides 7

§ 4. Der titulus 9

§ 5. Hemmung und Unterbrechung der Ersitzung 13

§ 6. Ersitzung und Verjährung 15

§ 7. Der Kondiktionsanspruch bei vollendeter Ersitzung und Verjährung 17

§ 8. Die Zulassung eines Kondiktionsanspruches nach vollendeter Ersitzung bei Vorliegen eines Putativtitels und mangelnder Kausa des Erwerbsvorganges 18

§ 9. Kurze Zusammenfassung des gewonnenen Ergebnisses . 24

II. Der Kondiktionsanspruch nach vollendeter Ersitzung im heutigen Rechte.

§ 10. Die Wirkungsweise der Ersitzung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 25

§ 11. Guter Glaube und Titel im heutigen Recht 28

§ 12. Der Kondiktionsanspruch nach vollendeter Ersitzung . . 30

§ 13. Der Kondiktionsanspruch kann sowohl dem Verfügenden als auch dem bisherigen Eigentümer nebeneinander in Konkurrenz zustehen 34

Literatur-Verzeichnis.

Auerbach: Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes in Rostocker rechtswissenschaftliche Studien Bd. 3.

Baron: Pandekten Lehrbuch 8. Auflage Leipzig 1893.

Biermann: Kommentar zum BGB., Sachenrecht, Berlin 1914.

Boedecker: Wie weit ist nach vollendeter Ersitzung Raum für einen Bereicherungsanspruch vorhanden? Diss. Göttingen 1928.

Borscht: Ersitzung beweglicher Sachen. Diss. Würzburg 1908.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 2 Abtlg. 1, 7./8. Aufl. Jena 1924.

Crome: System des Bürgerlichen Rechts Bd. 2. Tübingen 1902.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht Bd. 2 Abtlg. 2, 3. Aufl. Halle 1906, Bd. 3, 4. Aufl. Halle 1908.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 2, 11. Bearbeitung, Marburg 1930.

Fraenkel: Die Bedeutung des subjektiven Moments für die Lehre der Sachersitzung des römischen Rechts und des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Erlangen 1916.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. 2 Leipzig 1905. Bd. 3 München 1917.

Großmann: Die Ersitzung beweglicher Sachen. Diss. Leipzig 1904.

Haymann: Zuwendungen aus fremden Vermögen. In Jher. Jahrb. Bd. 77 S. 188 ff.

Heck: Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.

Jhering: Bereicherungsklage gegen den ehemaligen gutgläubigen Besitzer in Jher. Jahrb. Bd. 16, S. 274.

Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, Leipzig 1902.

Karlowa: Römische Rechtsgeschichte Bd. 2, Teil 1, Leipzig 1901.

Klein: Sachbesitz und Ersitzung, Berlin 1891.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB. 6. Aufl., Berlin-Leipzig 1928.

v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903.

Motive: Zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Möllenthiel: Ueber die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung, Erlangen 1820.

Oertmann: Kommentar zum BGB. und seinen Nebengesetzen Buch 2, 5. Aufl., Berlin 1929.

— Ersitzung- und Bereicherungshaftung im Recht 1910 S. 584 ff.

— Verfügungen ohne Rechtsgrund über fremde Sachen im Recht 1915, S. 510 ff.

Planck: Kommentar zum BGB. Bd. 2, 2. Hälfte und Bd. 3, 4. Aufl., Berlin-Leipzig 1928, 1920.

Regelsberger: Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, in Jher. Jahrb. Bd. 47, S. 339.

Schäfer: Die Ersitzung des Eigentums Diss., Leipzig 1904.

Sohm: Institutionen 17. Aufl., 1928.

v. Staudinger: Kommentar zum BGB., Bd. 2, Abtlg. 3, 1929, Bd. 3, 9. Aufl., 1926.

Stahmer: Der gute Glaube bei der Eigentumsersitzung nach römischem und gemeinem Rechte, sowie nach dem Rechte des BGB. Diss. Rostock 1903.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. in Jher. Jahrb. Bd. 38 S. 1 ff., insbesondere S. 96 ff.

Wolff: Sachenrecht, 7. Bearbeitung Marburg 1927.

I. Der Kondiktionsanspruch nach vollendeter Ersitzung im römischen Rechte.

§ 1.

Zweck und Sinn der Ersitzung.

Usucapio est adiectio[1]) dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti,[2]) so lautet die Quellendefinition der Ersitzung im römischen Recht. Und damit ist zugleich das wesentliche Erfordernis der Ersitzung bestimmt, fortdauernder Besitz[3]) während einer gesetzlich festgelegten Zeit verschafft Eigentum.

Das Institut der Ersitzung war im römischen Recht von großer Bedeutung und erheblicher praktischer Wichtigkeit. Ein Hauptgrundsatz des römischen Sachenrechts lautete: „nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.[4]) Als weitere Konsequenz dieser Vorschrift hatte sich der Satz gebildet: „ubi rem meam invenio ibi vindico."

Im Interesse der Rechtssicherheit des Eigentums war eine Einschränkung der Wirkung dieser beiden Grundsätze unbedingt notwendig. Es ging nicht an, daß das Eigentum unbeschränkt und für alle Zeiten geltend gemacht werden konnte, alle Rechtssicherheit würde damit aufhören. Aus diesem Grunde wurde eine Regelung geschaffen, nach der der frühere Eigentümer mit Ablauf einer festgesetzten Zeit dem gegenwärtig redlichen Erwerber gegenüber sein Eigentum verlor. Diesen Zeitpunkt bestimmte nach römischem Recht die usucapio.

Der hauptsächlichste Zweck der Ersitzung ist ganz allgemein dahin zu bestimmen, den Mangel des Eigentums des Veräußerers zu heilen.

Aber auch da, wo der Erwerber vom Eigentümer erworben hatte, konnte das Institut der Ersitzung von großer Bedeutung sein. Der Eigentümer klagte gegen einen Dritten auf Herausgabe seiner Sache. Er mußte sein Eigentum beweisen. Es genügte nun nicht, daß er bewies, durch Kauf und Tradition die Sache erlangt zu haben. Er mußte

---

[1]) Nach Ansicht von Cuiacius: adeptio.

[2]) l. 1 de usucap. D. 41. 3.

[3]) Nicht der Erwerbstitel — wie Scheurl (Scheurl Beiträge Bd. 2, Heft 1 S. 29 ff) annimmt oder nach Ansicht von Brinz (§ 153 S. 594) der gute Glaube sind der Kernpunkt der Ersitzung, sondern der Besitz, statt aller Dernburg Pd., § 219 S. 513. Sie sind zwar auch Voraussetzungen der Ersitzung, aber das wesentliche ist der Besitz, durch welchen das Eigentum nach außen allein in Erscheinung tritt. Dieses tatsächliche Vorhandensein kann für die Rechtssicherheit vor allem nur maßgeblich sein,

[4]) l. 54 D. 50, 17.

vielmehr beweisen, daß sein Vormann (auctor) auch Eigentümer war, da dieser ja sonst kein Eigentum übertragen konnte. Der gute Glaube an die Berechtigung des auctors zur Uebertragung oder Begründung des Rechtes wurde nicht als ausreichend erachtet, um sofort Eigentum zu erwerben. Weiter mußte wieder bei derivativem Erwerb das Eigentum dessen, von dem der Vormann erworben hatte, bewiesen werden und sofort. Eine unendliche Reihe von Beweisen, wobei es einfach unmöglich war, daß das Eigentum aller Vormänner bewiesen werden konnte, und damit auch das Eigentum des Klägers. Darum war es notwendig, daß der derivative Erwerbstitel durch einen originären ersetzt werden mußte, und dieser war die Usukapion. Soweit die Voraussetzungen der Ersitzung gegeben waren, war der Kläger Eigentümer, auch für den Fall, daß er durch Kauf und Tradition nicht Eigentum erworben hatte. Die Frage nach dem Recht des Vormannes wurde dadurch unnötig gemacht. Die usucapio war folglich auch die Ergänzung des verfügungsmäßigen Erwerbes.

Wesentlich war die Frage der Ersitzung im klassischen römischen Rechte auch, wenn die Form des Erwerbsaktes nicht gewahrt war, die dann dem Eigentumserwerb hindernd im Wege stand.[5]) Wurde z. B. eine res mancipi veräußerungsweise nur tradiert, so erhielt der Erwerber nach quiritischem Rechte kein Eigentum, da es an der für res mancipi erforderten mancipatio oder in iure cessio fehlte. Eigentum erlangte der Käufer erst durch nachfolgende usucapio.

Aus all diesem ergibt sich, daß die usucapio in dem römischen Rechtssystem eine sehr wichtige und feste Stellung einnehmen mußte. Gaius schreibt über den Zweck der Ersitzung im libro vicesimo primo ad edictum provinciale[6]): „bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium." Im Interesse der Rechtssicherheit sollte vermieden werden, daß das Eigentum an gewissen Sachen nicht feststehe. Dadurch sei auch keine Unbilligkeit dem früheren Eigentümer gegenüber geschehen, da er doch während der Ersitzungszeit sein Eigentum geltend machen könnte. Dieser letzte Grund ist zwar in keiner Weise stichhaltig, da in den meisten Fällen der Eigentümer ja gar nicht weiß, wo sich sein Eigentum befindet, und somit sein Recht ja auch gar nicht geltend machen kann. Der erste Grund ist aber so schwerwiegend, daß der Gesetzgeber unbedingt zu dieser Eigentumsbeschränkung kommen mußte.

Der Gesetzgeber war also bestrebt, den sich nach außen als bestehend aufweisenden Rechtsverhältnissen eine endliche Sicherheit zu gewähren. Derselbe Rechtsgedanke, der auch das Verjährungsrecht beherrscht, und es läßt sich zwischen Ersitzung und Verjährung im römischen Recht auch unbedingt eine Parallele ziehen. Dabei ist es aber wesentlich für die Behandlung unserer Aufgabe, eine strenge Trennung zwischen diesen beiden Instituten durchzuführen. Beide stehen sowohl in ihren Voraussetzungen wie in ihren Wirkungen streng von-

[5]) Im Justinianischen Rechte ist der Gegensatz der Erwerbsgründe, ob formfrei (ius gentium) oder formbedürftig (ius civilis) hinweggefallen.
[6]) l. 1 D. 41. 3.

einander gesondert da. Es geht nicht an, daß Verjährung und Ersitzung ohne weiteres gleich oder nebeneinander gesetzt werden, wie es im gemeinen Recht geschah und wie es sich in einer Reihe von wissenschaftlichen Arbeiten, selbst bei Windscheid,[7]) vorfindet.

Man beachte, welch großer direkter Gegensatz der beiden, zwar einem Gedanken entsprungenen Rechtsinstitute in ihren Wesen liegt. Die Verjährung ist eine vollkommene objektive und von einer Willensbetätigung unabhängige, mit dem Zeitlauf eintretende Aenderung der Rechtslage, anders die Ersitzung. Hier wird verlangt, daß ein Titel und guter Glaube vorhanden sind, also Voraussetzungen, für die das subjektive Befinden des Ersitzenden maßgeblich sind. Ueber das Uebereinstimmende und Verschiedene dieser beiden Rechtsinstitute wird noch weiter unten zu reden sein.

§ 2.

Die Geschichte der usucapio und longi temporis praescriptio.

In welche Zeit die Entstehung der Ersitzungslehre zurückverlegt werden kann, ist nicht mehr festzustellen. Die Notwendigkeit, die Ersitzung als Eigentumserwerbsart einzuführen, haben die Römer schon sehr früh erkannt.

In den Zwölftafeln finden wir die ersten schriftlichen Grundlagen der usucapio, von denen die Rechtswissenschaft zur weiteren Entwicklung des Instituts der Ersitzung ihren Ausgangspunkt genommen hat. Der Wortlaut des betreffenden Satzes der Zwölftafeln wird auf Grund von Cic. Top. IV, 23 und pro Caec. 19. 54 regelmäßig so hergestellt: „usus auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum annus.“ [8])

Ueber den Wortlaut der Fassung dieses Satzes herrscht lebhaft Streit und nicht minder über den Sinn und die Bedeutung der Worte: „usus“ und „auctoritas“. Ein Eingehen auf diese Frage würde uns zu weit von unserer Aufgabe entfernen.

Sicherlich war aber schon vorher das Rechtsinstitut der Ersitzung im römischen Recht bekannt,[9]) da das Zwölftafelgesetz die Ersitzung schon als bestehend voraussetzt.

Hiernach wurde bestimmt, daß Grundstücke binnen zweier Jahre, alle übrigen Sachen binnen eines Jahres zu Eigentum ersessen werden konnten. Ersitzen konnte nur ein civis romanus, nur einer, der das römische Bürgerrecht besaß. Weiter konnten nur solche Sachen ersessen werden, an denen es quiritisches Eigentum geben konnte. Damit ergibt sich von selbst, daß die Peregrinen von diesem Ersitzungsinstitut ausgeschlossen waren und sämtliche Provinzialgrundstücke [10]) der civilen usucapio entzogen waren.

---

[7]) Windscheid, Pd. I § 175 S. 911.
[8]) Sohm, a. a. O. § 53 S. 296.
[9]) Fraenkel, S. 2; Möllenthiel: über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung, S. 3; Pernice Labeo, Bd. 2, 1 S. 3. 28 ff.
[10]) Soweit nicht das ius italicum auf sie Anwendung fand, d. h. die

Die Usucapion mochte ja, solange das römische Volk noch keine große Ausdehnung besaß, genügen. Mit der Zeit aber, wo die Herrschaft Roms sich immer mehr vergrößerte und sich ein sehr lebhafter Verkehr zwischen Römern und Peregrinen entwickelte, war es unbedingt notwendig, den Peregrinen und den Besitzern des fundus provincialis ihren redlich erworbenen Besitz zu schützen.

Zu diesem Zwecke schuf der Prätor die longi temporis praescriptio.[12]) Sie gab zunächst nur eine Einrede[13]) gegen dingliche Klagen. Später jedoch wurden demjenigen, der die longi temporis praescriptio geltend machte, bei Besitzverlust eine rei vindicatio utilis gewährt,[14]) durch welche er von jedem Besitzer, auch von dem bisherigen Eigentümer Herausgabe der Sache verlangen konnte. Dadurch war die longi temporis praescriptio aus einer Art Klagverjährung zu einer Ersitzung der Provinzial-Grundstücke geworden, d. h. hatte ein Römer oder Peregrine ein Provinzial-Grundstück iusto titulo und bona fide erworben und es daraufhin während des sogenannten longum tempus — die 20 Jahre dauerte, wenn der eigentliche Eigentümer in einer anderen Provinz als der Usucapierende wohnte, sonst zehn Jahre, — ungestört besessen, so wurde er Eigentümer.

Es war nun aber nicht nötig, daß ein- und derselbe während der ganzen Zeit den Besitz hatte. Durch die longi temporis praescriptio wurde eine Anrechnung des Besitzes des Vormannes dem Nachfolger im Besitze gestattet, d. h. eine accessio temporis oder possessionis fand statt.[15])

Provinz war vollberechtigte altrömische Bürgerkolonie, ihr Gebiet war von den Grundsteuern befreit und des quiritischen Eigentums fähig. Sohm, § 33 Anm. 7.

[11]) Das fundus provincialis stand im Eigentum des römischen Staates (populi romani). Es gab kein Privateigentum daran: Klingmüller: Die Idee des Staatseigentums am römischen Provinzialboden, in Philologus Bd. 69 (1910) S. 71 ff.

[12]) Sie ward gegen Ende des 2. Jahrhunderts eingeführt; Mitteis: Römisches Privatrecht, Bd. 1 S. 120 Anm. 29. Das älteste Zeugnis, ein Reskript des Septimus Severus vom Jahre 199, Mitteis Hermes Bd. 30 S. 612 ff.; Partsch, Die longi temporis praescriptio im klassischen, römischen Recht, 1906; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 1276.

[13]) Vergleiche l. 13 § 1 D. 12. 2: „Julianus ait eum, qui iuravit fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere. Aus dieser Stelle geht klar hervor, daß die longi temporis praescriptio anfänglich nur eine Einrede gewährt hat. Aber dieses Beweises bedarf es nicht. Daß die longi temporis praescriptio eine Einrede war und weiter nichts, sagt schon der Name, außerdem aber das Reskript des Caracalla.

[14]) l. 8 Cod. de praescript. 7. 39. Hier trifft Justinian die Bestimmung, daß demjenigen, welcher sich auf die longi temporis praescriptio berufen kann, im Falle des Verlustes der Sache eine actio ad vindicandam rem zustehe. Vergleiche Unterholzner, Bd. 2 S. 80 ff.

[15]) Sie ist durch ein Reskript von Severus und Caracalla auch auf die zivile Usucapion übertragen worden, Mitteis, römisches Privatrecht, Bd. 1 S. 113. Das Vorbild ist die accessio possessionis beim interdictum utrubi; Reconstruction bei Lenel Edictum perpetuum (3. Auflage) S. 488: „Utrubi hic homo quo de agitur, maiore parte huiusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit quominus is cum ducat vim fieri veto.“ Vgl. l. 1 pr. D. 43, 31.

Zuerst fand das Institut der longi temporis praescriptio nur auf Immobilien Anwendung, später wurde durch Caracalla ihre Wirkung aber auch auf Mobilien erweitert.[16]) [17])

Nach Erlaß der berühmten Constitution von Caracalla — lex Antonina de civitate vom Jahre 212 — nach der alle damals lebenden freien Reichseinwohner zu römischen Bürgern gemacht wurden, und das gesamte römische Privatrecht zu einem reichsrechtlichen ius gentium umgewandelt wurde, konnten auch die ehemaligen Peregrinen Mobiliareigentum auf Grund der usucapio erwerben.

Justinian vereinigte dann durch die Verordnung vom Jahre 531 die usucapio und die longi temporis praescriptio zu einem einzigen Institut, indem er jeden Unterschied zwischen ihnen verwarf.

Die lex un C. de usucapione transformanda 7, 31 enthält folgende Bestimmung: „Cum antem antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerant alienatae, vel quocumque modo bona fide tamen detentae, usucapionem extendebant non tantum in Italico solo nexu, sed in omnem orbem terrarum, et hanc annali tempore concludebant; et eam duximus esse corrigendam; ut si quis alienam rem mobilem seu se moventem in quacumque terra, sive Italica, sive provinciali bona fide per continuum triennium detinuerit, is firmo iure eam possideat, quasi per usucapionem ei adquisitam."

Ueber den Sinn der lex un C. herrscht in der Literatur lebhaft Streit. Die einen Autoren [18]) behaupten, Justinian habe hierdurch ein einheitliches Ersitzungsinstitut schaffen wollen, sreiten aber darüber, ob dieses Institut als usucapio oder als longi temporis praescriptio aufzufassen sei. Die anderen [19]) hingegen vertreten die Ansicht, daß Justinian auch noch zwischen diesen beiden Instituten unterscheide, daß die usucapio auf Mobilien, die longi temporis praescriptio auf Immobilien Anwendung finden sollte.

---

[16]) Sehr bestritten ist die Frage, ob die longi temporis praescriptio von Anfang an auch auf res mobiles angewandt worden sei. Daß dies der Fall gewesen sei, wird von Dernburg, Bd. 1 S. 514, Vangerow, Bd. 1 S. 579, Unterholzner, Bd. 1 S. 39, Bd. 2 S. 82, Sintenis, Bd. 1 S. 498, bejaht. Sie führen zu ihrer Begründung das unter Kaiser Caracalla (211 bis 217) erlassene Reskript l. 9 de diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum D. 44, 3 an, das die Ersitzung beweglicher Sachen mit Hilfe der longi temporis praescriptio bestätigt, „Rescriptis quibusdam divi Magni Antonini cavetur, ut in rebus mobilibus locus sit praescriptioni diutinae possessionis." Die gegenteilige Ansicht wird von Hameaux vertreten und von diesem eingehend begründet; Hameaux: Die usucapio und die longi temporis praescriptio S. 40 ff.

[17]) Merkwürdig mag es erscheinen, daß die longi temporis praescriptio später auch auf den fundus italicus Anwendung fand, vgl. l. 3, l. 9 D. 44. 3, sogar bei der Ersitzung beweglicher Sachen. Das erklärt sich aber aus der Tatsache, daß bei dem Institut der longi temporis proescriptio die belastenden Rechte Dritter an der ersessenen Sache (z. B. das des Pfandgläubigers) im Gegensatz zur usucapio wegfielen. Vgl. l. 5 § 1, l. 12 D. 44. 3.

[18]) Für die erste Meinung Unterholzner Bd. 2 S. 87 ff.; Vangerow Bd. 1 S. 580 ff.; Savigny Bd. 6 S. 57—60; Sintenis Bd. 1 S. 498. Für die zweite Meinung Brinz Bd. 1 S. 603; May: Ueber den Charakter der ordentlichen Ersitzung der lex un C.

[19]) Statt aller Hameaux in seiner bereits erwähnten Schrift.

Es ist der ersteren Ansicht zu folgen, ein einheitliches Ersitzungsinstitut sollte durch die Verordnung Justinians geschaffen werden. Es mag dahin gestellt bleiben, ob dieses nun als usucapio oder longi temporis praescriptio aufzufassen sei. Meines Erachtens ist das Recht der longi temporis praescriptio für das justinianische Recht der Ersitzung maßgebend geworden. Hier werden die dem redlichen Besitzer unbekannt gebliebenen Sachenrechte beseitigt, C. 7, 36, anders bei der alten usucapio l. 1 § 2, D. 20, 1; l. 44 §5 D. 41. 3. Die justinianische Ersitzung ist gehemmt, ebenso wie die longi temporis praescriptio, solange ein Minderjähriger Eigentümer ist, l. 5 C. 2. 40; auch hier findet sich in den Digesten noch das abweichende Recht der usucapio z. B. l. 2 D. 27. 5; l. 4 § 24 D. 44. 4.[20])

Das Eigentum an Grundstücken — wobei kein Unterschied mehr zwischen fundus italicus und fundus provincialis gemacht wurde — wurde, soweit die anderen Voraussetzungen der Ersitzung, ein titulus und bona fides, gegeben waren, inter absentes in 20 Jahren, inter praesentes in 10 Jahren ersessen; das Eigentum an Fahrnis in 3 Jahren.

Die accessio temporis war auch hier in Geltung, es war nicht nötig, daß man selbst während der ganzen Zeit den Besitz hatte, den Besitz seines Rechtsvorgängers konnte man sich anrechnen.[21])

Was des privaten Eigentums nicht fähig war — res extra commercium — konnte nicht ersessen werden. Andere Sachen, obgleich in commercio, sind durch positives Gesetz der Ersitzung entzogen worden, die sogenannten res inhabiles. So konnten die res furtivae nach den Zwölftafeln und der lex Atinia, die res vi possessae nach der lex Julia et blautia,[22]) die servitutes nach der lex Scribonia[23]) nicht ersessen werden.

Hiermit hängt die auch von Justinian eingeführte außerordentliche Ersitzung — longissimi temporis praescriptio — zusammen, die als Ergänzung der ordentlichen Ersitzung erscheint. War die zu ersitzende Sache eine res inhabilis, oder fehlte der Ersitzungstitel, oder konnte dieser nicht mehr nachgewiesen werden, so konnte trotzdem ersessen

[20]) Sohm, § 118.

[21]) Der Erbe konnte sich nicht nur die Besitzzeit des Erblassers anrechnen, sondern auch dessen guten Glauben. Er konnte also ersitzen, selbst für den Fall, daß er bösgläubig war. — Mala fides superveniens non nocet, vgl. l. 2 § 19, D. 41, 4. — Das römische Recht, welches die bona fides nur im Moment des Besitzerwerbes forderte, gelangte von hier ganz folgerichtig zur Sukzession in den Besitzungsbesitz. — Binder: Rechtstellung des Erben, Bd. 1 S. 40; Dernburg, Pd. I § 2, 21 zu Nr. 7; Brinz, Bd. 1 § 162 zu Nr. 10. — Das ergibt sich aus der römisch-rechtlichen Fiktion, daß der Erbe die Persönlichkeit des Erblassers fortsetzt, Dernburg Bd. 1 § 55 S. 96. Die sogenannte successio in usucapionem findet hier statt. Anders bei der accessio possessionis des Sondernachfolgers, hier muß der Erwerber selbt im guten Glauben beim Erwerbe sein, da er eine neue Ersitzung anfängt.

[22]) Vgl. § 2 Inst. II, 6.

[23]) Im alten römischen Rechte soll es eine usucapio servitutis (in ein- bezw. zweijähriger Frist) gegeben haben, die durch die obige lex (unbekannten Alters) aufgehoben worden ist. Sohm § 57 S. 332.

werden, vorausgesetzt, daß in bona fide die Sache erworben war, und 30 bzw. 40jähriger Besitz vorlag. Es handelte sich um eine Einrede der 30 oder 40jährigen Verjährung der Eigentumsklage,[24]) und im Falle des Besitzverlustes hatte der redliche Erwerber eine Klage (actio in rem) gegen jeden Dritten, auch gegen den früheren Eigentümer. Aber der redliche Erwerber hatte nicht nur die Einrede der Klageverjährung, sondern positiv auch das Eigentum erworben. Der Dieb konnte selber nie, auch durch die außerordentliche Ersitzung erwerben, da er mala fide besaß, wohl aber jeder gutgläubige Dritte, der vom Diebe erworben hatte.

§ 3.

Die bona fides.

Wie oben bereits erwähnt, kommt als wesentliches Erfordernis der Ersitzung der Besitz in Frage, aber nicht jeder Besitz kann zum Eigentum führen. Das subjektive Befinden des Besitzers muß dergestalt sein, daß es den Eigentumserwerb berechtigt. Ganz besonders kommt hierbei die bona fides in Betracht, d. h. dem Erwerber darf beim Erwerb keine Unredlichkeit zur Last fallen.

Wann die bona fides zur Eigentumsersitzung notwendig war, ob diese schon z. Z. der Zwölftafeln verlangt wurde, oder ob deren Erfordernis sich erst später entwickelt hat, diese Frage ist bestritten.

Nach Ansicht von Stintzing[25]) hat das Zwölftafelgesetz weder bona fides noch einen titulus verlangt. Lediglich habe dieses Gesetz Bestimmungen über den hostis, das furtum und die Unersitzbarkeit gewisser Objekte getroffen.[26]) Der Besitz während ein- bzw. zweier Jahre verschaffte also Eigentum, soweit nicht ein positives Usucapionshindernis vorlag. Später, durch die actio Publiciana sei die bona fides in das Ersitzungsinstitut gedrungen. Zu seiner Begründung führt er die Rechtsinstitute der Usureceptionen an, nämlich die usureceptio ex fiducia, die usureceptio ex praediatura und die usucapio pro herede an.

Es ist richtig, daß in diesen Fällen das römische Recht eine Ersitzung ohne bona fides zuließ. Gaius bezeichnete sie als improba (II, 55) und lucrativa (II, 56).

Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründe spielten hier eine wesentliche Rolle.[27]) Aus der Art, wie sie Gaius erwähnt, ergibt sich meines

---

[24]) Wie überhaupt für die Einzelheiten der praescriptio XXX vel XXXX annorum nicht die Grundsätze der Ersitzung sondern die der Verjährung maßgeblich waren, Sintenis Bd. 1 S. 510, Vangerow Bd. 1, S. 614, Windscheid Bd. 1 S. 830, Dernburg Bd. 1 S. 525. Andere Ansicht Unterholzner Bd. 2 §§ 177—178.

[25]) Stintzing: Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre. Heidelberg 1852 § 4; S. 8.

[26]) Derselbe S. 12.

[27]) Z. B. die fiduziarisch veräußerte Sache galt im Verhältnis zu dem fiduziarischen Erwerber materiell immer noch als Eigentum des Veräußerers. Daher die Erleichterung der Rückersitzung, welche das fiduziarische Eigentum des Gegners zerstört. Sohm § 53 Anm. 9; vgl. Gaius (II, 59) „Recipit quod aliquando habuit."

Erachtens, daß diese Institute nur eine Ausnahmestellung einnehmen sollten, ohne dabei zum Beweise für das Institut der Ersitzung dienen zu können.

Gegen diese Ansicht hatte Unterholzner Bedenken, ohne sich jedoch ausdrücklich für eine Ansicht zu entscheiden. Er stellt lediglich fest, „daß es gewagt wäre, behaupten zu wollen, daß man zur Zeit der Zwölftafeln von der Notwendigkeit eines redlichen Besitzes noch nichts gewußt habe.“[28])

Im Gegensatz zu der Ansicht von Stintzing lehren andere, daß die bona fides der usucapio von Anfang an zu Grunde gelegen habe. Auch sie gehen davon aus, daß die Zwölftafeln die bona fides ausdrücklich nicht verlangt haben. Nach Ansicht von v. Scheurl[29]) kann man aber ohne weiteres voraussetzen, daß die usucapio bei ihrem ersten Erscheinen „die Keime ihrer ganzen nachherigen Entwicklung vollständig in sich getragen habe.“

Ihm stimmt Burckhard[30]) zu, allerdings mit einer anderen, aber auch nicht eingehenderen Begründung, die meines Erachtens das Wesen der Sache nicht genügend trifft. Er verlangt, daß die bona fides in dem Sinne vorhanden sein muß, daß der Besitzer volente et concedente domino erworben habe und besitze.

Möllenthiel und Karlowa[31]) [32]) gehen mit ihrer Begründung von dem Worte „usus“ aus und kommen zu dem Resultat, daß Keime des „bona fides Begriffes“ hierin vorhanden wären. Usus im Sinne der Zwölftafeln sei bei demjenigen nicht vorhanden, der weiß, daß sein Erwerb ein unredlicher gewesen ist.

Meiner Ansicht nach ist dieser Theorie der Vorzug zu geben.

In der weiteren Entwicklung des Instituts der usucapio finden wir „bona fides“ zum ersten Male ausdrücklich von Gaius erwähnt. (II, 43.) Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive mancipi sint eae res sive nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus, eum qui traderet dominum esse.“ Er behandelt den Fall, daß jemand vom Nichtberechtigten eine Sache tradiert erhält, in dem guten Glauben der Tradent sei Eigentümer.

Wenden wir uns jetzt dem Begriffe der bona fides selbst zu. Eine Formulierung des bona fides-Begriffes werden wir im römischen Recht vergebens suchen. Nach der Ansicht von Brinz und Stintzing soll die lex 109 D. 50. 16 eine Legaldefinition des bona fides-Begriffes enthalten. Hier heißt es: „Bonae fidei emptor esse videtur qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.“

---

[28]) Unterholzner Bd. 1 S. 318.
[29]) Von Scheurl Bd. 2 S. 29, 30.
[30]) Burckhard: Ueber den Begriff und Beweis der bona fides bei der Eigentumsersitzung, in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Bd. 21 Gießen 1864 S. 290, 294.
[31]) a. a. O. S. 3 ff.
[32]) a. a. O. S. 392.

Es ist aber nicht einzusehen, warum gerade diese Digestenstelle die Definition enthalten soll, wo noch eine Reihe anderer Stellen genau so viel besagen, so Gaius in der oben bereits erwähnten Stelle; l. 5 pr. D. pro derel. 47. 7; l. 28 D. noxal act. u. a. mehr.

Es ist also zu sagen, daß aus den einzelnen Rechtsfällen die Begriffsbestimmung für die bona fides hergeleitet werden muß, wobei sich eine Reihe von Theorien gebildet hat.

Ein Eingehen auf die einzelnen Theorien würde uns zu weit von unserer Aufgabe abführen. Wenn sie im einzelnen auch wesentlich von einander abweichen, das eine ist bei allen doch gemeinsam: für den Begriff der bona fides wird von dem Ersitzenden nicht verlangt, daß er glaubt, er sei Eigentümer geworden. Vielmehr ist die Formel für den guten Glauben dahin zu bestimmen, daß der Erwerber nicht weiß, daß die Sache eine fremde ist, oder daß er glaubt, der Veräußerer sei Eigentümer oder zur Uebertragung an der zu ersitzenden Sache berechtigt gewesen.

§ 4.

Der titulus.

Die usucapio als Rechtsinstitut diente nur dazu, Mängel des Erwerbsaktes als solchen zu heilen, nicht aber solche der dem Erwerbsakte zu Grunde liegenden Erwerbstatsachen.

Um überhaupt ersitzen zu können, war es notwendig, daß Vorgänge vorhanden waren, die rein äußerlich den Erwerb des Eigenbesitzes als rechtmäßig erscheinen ließen,[33]) die an sich also geeignet waren, Eigentum zu verschaffen, so z. B. Kauf, Schenkung, Dosbestellung und Vermächtnis.

Das Erfordernis des Vorliegens der Erwerbstatsache pflegte man so auszudrücken, daß man sagte, ein gültiger Titel müsse vorliegen. Ohne das Vorhandensein eines titulus konnte eine usucapio nicht vor sich gehen, wie hervorgeht aus § 11 J. II, 6: „error autem falsae causae usucapionem non parit, veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans possideat; vel cum ei donatum non fuerat, quasi ex donatione possideat.“ Weiter die Stelle von Ulpian l. 27 D. 41. 3: „Idem libro trigensimo primo ad Sabinum: Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit, idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit.

Alle Erwerbstatsachen mußten wirklich vorhanden sein, d. h., das dem Ewerbsakte zu Grunde liegende Rechtsgeschäft mußte rechtswirksam sein, um usucapieren zu können. Es genügte nicht, daß der Ersitzende irrtümlich das Bestehen eines Titels angenommen hatte.

[33]) Dernburg Bd. 1 S. 373.

Es mußte also ein titulus verus vorliegen, ein titulus putativus nutzte nichts. Hierzu die Stelle l. 2 und 3 D. 41. 8 pro legato Paulus libro quinquagensimo quarto ad edictum: Si possideam aliquam rem, quam putabam mihi legatam, cum non esset, pro legato non usucapiam: Papinianus libro vicensimo tertio quaestionum non magis quam si quis emptum existimet, quod non emerit." Gleicher Weise die Stelle von Paulus l. 1 pr. D. 6. 1: „Pro donato is usucapit cui donationis causa res tradita est: nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet."

In der Literatur haben sich über den Zweck des Titels für die Ersitzung zwei Lehren gebildet, nach Ansicht der einen [34]) ist in dem titulus die alleinige Rechtfertigung der bona fides zu erblicken, nach Ansicht der anderen [35]) ist er eine selbständige Voraussetzung der Ersitzung.

Savigny sagt:[36]) „zur Usucapion taugt nur die bona fides, wenn sie gerechtfertigt ist, und diese Rechtfertigung wird eben durch die Forderung des Titels ausgedrückt".

Eine Verquickung dieser beiden Voraussetzungen der Ersitzung ist aber nicht möglich und wurde zuerst entschieden von Stintzing [37]) bekämpft. Der titulus ist keineswegs der Rechtfertigungsgrund der bona fides, denn es ist sehr wohl denkbar, daß ein Titel ohne bona fides und umgekehrt bona fides ohne einem Titel gegeben sein kann. Wäre die Ansicht richtig, dann müßte immer, wenn ein Titel gegeben ist, auch guter Glaube vorliegen. Dem ist aber nicht so. Für unsere Ansicht spricht vor allem die l. 2 § 1 D. 41. 4. Separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat.

Im Anschluß hieran stellt Bruns mit Recht fest: „Es ist ein unlogischer Gedanke, daß der Titel den Irrtum über die Mängel des Titels rechtfertigen soll. Wie kann z. B. der Kauf den Irrtum über das fehlende Eigentum oder Verkaufsrecht des Verkäufers rechtfertigen? Man müßte sagen, es sei nicht wahrscheinlich, daß jemand eine Sache verkaufe, die ihm nicht gehört. Allein faktisch kann ja der Nichteigentümer ebenso gut verkaufen, wie der Eigentümer, und tut es doch auch oft genug. Somit kann nicht das Verkaufen als solches den Glauben an das Eigentum des Verkäufers rechtfertigen, sondern die nur dem Verkauf begleitenden Umstände können es, diese sind aber an sich etwas außer dem Titel als solchem liegendes".[38]) Es ist also zu sagen, daß ein Kausalverhältnis zwischen Titel und gutem Glauben notwendig zu verneinen ist.

Allmählich kam man von diesem strengen Erfordernis, dem verus titulus ab, und man ließ in der Kaiserzeit den Putativtitel auch gelten. Der Glaube an die Existenz und Gültigkeit des Titels konnte jetzt den Mangel des Titels ersetzen.

[34]) statt aller Savigny System des römsichen Rechts Bd. 3, S. 361.
[35]) statt aller Brinz Lehrbuch der Pandekten S. 629 ff.
[36]) S. 361.
[37]) § 14, S. 57—61.
[38]) a. a. O. § 11 S. 99.

Allerdings blieb man für den originären Erwerb allgemein noch bei dem strengeren Erfordernis, dem titulus verus.[39]) So Justinian für die usucapio pro derelicto, wo er wirkliche Dereliktion und Okkupation auch jetzt noch verlangte, l. 6 et 7 D. 41, 7. Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse. l. 7. Si quis merces ex nave iactatas invenisset, num ideo usucapere non possit, quia non viderentur derelictae, quaeritur. sed verius est eum pro derelicto usucapere non posse.

Des gleichen Pomponius in seiner l. 5 pr. D. 41, 7: Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim, me usucapturum constat nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit: nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id facres, idem iuris est.

Trotz irriger Annahme einer Dereliktion und trotz Okkupation konnte Ersitzungsbesitz nicht entstehen.

Bei derivativem Erwerb genügte es jetzt, wenn das Vorhandensein des Titels kraft entschuldbaren Irrtums, also mit Grund angenommen werden konnte.[40]) Nicht mehr das objektive Moment des Titels war für die Ersitzung noch maßgebend, sondern lediglich das subjektive Bewußtsein.

Ganz allmählich setzte sich die Ansicht von der Zulässigkeit des Putativtitels durch. Aber vielfach wurde diese neue Art der Ersitzung noch angegriffen und bekämpft.[41])

So lehnte Cassius mit Entschiedenheit die Zulässigkeit der Ersitzung bei irrtümlicher Annahme des Titels ab. Er sagt, in seiner l. 1 § 4 D. 41, 9: „Idem scribit et si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, quia nulla dos sit: quae sententia habet rationem." Hier spricht er ja zwar nur von der „dos", meines

[39]) vgl. Mager § 8 S. 27.

[40]) Diese Entwicklung steht im engsten Zusammenhang mit der Lehre von der Tradition bei der Eigentumsübertragung. Ursprünglich war hierzu eine iusta causa traditionis notwendig, später legte man aber den Wert auf die Uebereinstimmung der Willen, die Eigentum übertragen wollten. So begnügte man sich mit einer nur in der Vorstellung der Parteien vorhandenen causa, wenn es ersichtlich war, daß auf Grund einer solchen causa das Eigentum tradiert werden sollte. Wenn jede Partei eine andere iusta causa traditionis annimmt, geht das Eigentum wegen Dissenses nicht über. (Fitting Archiv f. civ. Prax. B. 52 S. 414 ff.) Ehrhardt, Iusta causa traditionis 1930. Lange, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition, 1930. Felgenträger, Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Uebereignungslehre, 1927. Hierzu die l. 36 D. 41, 1: Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu exiatimes ex stipulatu tibi eum deberi, nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenderimus, und l. 55 D. 44, 7: in omnibus rebus quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.

[41]) Regelsberger im Arch. Prakt. Rw. Bd. 9 S. 193 ff.; Baron S. 271.

Erachtens ist aber diese Stelle auch auf die anderen „iustae causae" zu beziehen.[42])

Ebenso verwirft Ulpian in seiner l. 5 § 2 D. 26, 8 und Paulus in l. 1 pr. D. 6, 1 den Putativtitel. Hier bestimmt letzterer: „Pro donato is usucapit, cui donationis causa res tradita est: nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet."

Im gleichen Sinne l. 2 pr. D. 41, 4: „Pro emptore possidet, quit re vera emit, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis. si tamen existimans me debere tibi ignoranti tradam, usucapies. quare ergo et si putem me vendidisse et tradam, non capies usu? scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus, sic denique si sciens stipuler rem alienam, usucapiam, si, cum traditur mihi, existimem illius esse: at in emptione et illud tempus inspicitur, quo contrahitur: igitur et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse."

Im Gegensatz zu der Lehre des Sabinus-Cassius steht Proculus, dessen Schule ja immer eine gemäßigtere Ansicht hatte.

Ihm folgte Neratius in l. 5 D. 41, 10: „Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interium, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset. sed id, quod quis, cum suum ese existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio. quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimen, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est." Hiernach läßt er ein bloßes „existimare" in dieser Allgemeinheit nicht mehr genügen, er verlangte, daß ein „probabilis error" vorliegen müßte.

Ebenso war Julian für die Anwendung des Putativtitels bei der Ersitzung in l. 33 § 1 D. 41, 3 . . . . ., si iustam causam habuerit existimandi se heredem . . . . . Hier wird, um den Irrtum für Ersitzung genügen zu lassen, verlangt, daß „iusta causa" an das Vorliegen eines Titels geglaubt wurde.

Ihm folgte in jeder Weise Africanus in l. 11 D. 41, 4: „Quod volgo traditum est eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait. si nullam iustam causam eius erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio equatur." Nicht, wenn jemand leichtsinniger Weise „existimat se quid emisse nec emerit" sollte die Ersitzung gestattet sein, sondern nur, wenn „iusta causa eius erroris" vorlag.

Auch Paulus läßt in l. 2 § 15 et § 16 D. 41, 4 den Putativtitel genügen, so bei dem Erwerbe von einem impubes, den man für einen pubes, von einem furiosus, den man für gesund hielt und halten konnte. Aehnlich ist der Fall des Pomponius für den Erben, der eine Sache ent-

[42]) Derselben Ansicht scheint meines Erachtens auch ein Lehrer Sabinus gewesen zu sein. Auch wenn an dieser Stelle nicht, wie meistens das Doppelzitat Sabinus-Cassius zu finden ist, so gilt fast immer, wenn auch nur einer zitiert ist, dasselbe für den anderen. Klein, a. a. O.

schuldbar für zum Nachlaß gehörig hält in l. 3 D. 41, 5: „Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse quae non sit, posse me usucapere."

Man vergleiche endlich Papinian in l. 44, § 4 D. 41, 3: „Filius familias emptor alienae rei, cum patrem familias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides inito possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit? idem dicendum erit et si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emptam non levi praesumptione credat." Hier wird dem filius familias die Ersitzungsmöglichkeit nur deshalb eingeräumt, weil er sich in einer „non levis praesumptio" befindet, wobei nicht der tatsächlich vorhandene titulus pro emptore, sondern der titulus (putativus) pro herede den Haussohn in den Ersitzungsbesitz versetzt.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß zwei Meinungen in Rom über die Zulässigkeit des Putativtitels im Kampf gelegen haben. Mit Rücksicht auf die Bedeutung der Vertreter, die sich für den Putativtitel ausgesprochen haben, ist aber anzunehmen, daß in der klassischen Zeit [43]) dieser für die Ersitzung genügte.[44])

Und hiermit kommen wir auch auf den Kernpunkt unserer Rechtsfrage. Soweit die Ersitzung auf Grund eines titulus verus erfolgt ist, kann natürlich eine conditio nicht gegeben sein. Denn erst durch die Gültigkeit des Verpflichtungsaktes konnte die Ersitzung ja stattfinden. Später jedoch, als der titulus putativus für die Ersitzung genügte und damit auch trotz Ungültigkeit des Verpflichtungsaktes die usucapio möglich wurde, mußte sich auch eine condictio der res usucapta ergeben. Der in diesen Fällen der Ersitzung zu Grunde liegende Putativtitel konnte nicht ausreichen, die durch die usucapio entstandene Rechtsänderung zu stützen. Die usucapio konnte also nicht die fehlende causa des Erwerbsaktes ersetzen. Ueber das Vorkommen und die Möglichkeit der condictio nach vollendeter Ersitzung wird noch weiter unten ausführlich zu sprechen sein.

§ 5.

Hemmung und Unterbrechung der Ersitzung.

Unter der Voraussetzung, daß ein Titel und guter Glaube gegeben waren, und mit Ablauf einer gewissen Zeit, innerhalb derer sich der

---

[43]) In der nachklassischen Zeit hat man sich dem Putativtitel gegenüber immer ablehnender verhalten. So wird in den Reskripten Diocletians die Ersitzung ohne gültige causa immer verworfen. S. 48 So l. 3 C. 7. 27; „error falsae causae ratione bonae fidei non defenditur," l. 24 C. 3, 32; „nullo iusto titulo praecedente ratio iuris quaerere prohibet dominium" (und deshalb keine Ersitzung), l. 4 C. 7, 29: „Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest."

[44]) Anderer Ansicht Fitting im Arch. f. civ. Pr. Bd. 52 S. 418 f., der den titulus putativus im justianischen Recht leugnet. Die Stellen, wo ein Putativtitel für die Ersitzung genügte, faßte er als Ausnahmen auf. Wenn aber diese in so großer Zahl auftreten, kann meines Erachtens von „Ausnahmen" nicht mehr gesprochen werden.

Veräußerer oder wer sonst Eigentümer war, verschwiegen hatte, erwarb der Usucapierende Eigentum.

Es ist nun eine Forderung der Billigkeit, daß der Lauf des Eigentumerwerbes durch die Ersitzung gehemmt sein muß, solange der Eigentümer sein Recht gar nicht geltend machen kann. Für den Fall, daß die Verjährung der Eigentumsklage gehemmt ist, kann weder die ordentliche noch die außerordentliche Ersitzung ihren Fortgang nehmen. Während dieser Zeit ruht einfach die Ersitzung.

Wenn Gaius in seiner l. 1 D. 41. 3 die Ersitzung u. a. damit rechtfertigt, daß es dem früheren Eigentümer ganz recht geschehe, wenn er sein Eigentum verliere, da er ja doch während der Ersitzungszeit sein Eigentum geltend machen konnte, so entfällt dieses Moment doch in dem Augenblicke, wo er seinen Eigentumsanspruch gar nicht geltend machen kann. Es ist doch nun nicht mehr als billig, daß der Ersitzungszeit nicht die Zeit, wo der Eigentumsanspruch durch eine, nicht bloß die Art seiner Geltendmachung betreffenden Einrede behindert ist,[45]) zugerechnet werden kann. Weiter ruht die Ersitzung in den Fällen, wo der Eigentumsanspruch einem impubes oder einem minor[46]) zusteht. Hier tritt dann eine Hemmung der Verjährung und damit der Ersitzungszeit ein, die während der Hemmung laufende Zeit wird in die Ersitzungszeit nicht eingerechnet. Fällt das Hemmnis fort, so läuft die früher begonnene Ersitzung weiter, hatte sie noch nicht begonnen, so beginnt sie jetzt.

Eine Unterbrechung der Ersitzung, so daß sie von neuem beginnen mußte (usurpatio), geschah durch Erhebung der Eigentumsklage seitens des Eigentümers. Wurde der Prozeß nicht zu Ende geführt, und blieb er liegen, so begann eine neue 40jährige Ersitzung.

Die Unterbrechung der Ersitzung durch Klageerhebung seitens des Berechtigten entspricht dem Wesen der longi temporis praescriptio, die zuerst eine Art Klageverjährung war.[47]) Ursprünglich wurde die usucapio durch die litis contestatio nicht unterbrochen. Wenn der Beklagte post acceptum iudicium (nach der litis contestatio) die Ersitzung vollendete, wurde er zur Rückerstattung des Eigentums verurteilt.[48]) Er mußte „tradere", nicht bloß „restituere". Der Eigentümer[49]) konnte aber durch symbolische Handlung (usurpatio civilis) zum Beispiel durch „surculum defringere"[50]) der usucapio widersprechen und sie dadurch unterbrechen.

---

[45]) Vergleiche § 202 B.G.B.

[46]) Falls es sich um einen kürzer als in 30 Jahren verjährenden Anspruch handelte, Sohm § 118.

[47]) Vergleiche oben S. 4.

[48]) Stellen dieses Inhalts befinden sich auch im Corpus iuris. Offenbar sind sie von den Kompilatoren aus Versehen in das Corpus iuris aufgenommen worden wie z. B. l. 18 D. 6. 1. Gaius libro septimo ad edictum provinciale Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere eoque nomine de dolo cavere: periculum est enim ne eum vel pigneraverit vel manumiserit. Sohm § 53.

[49]) Und zwar nur der Eigentümer l. 5 D. 41, 3.

[50]) Cicero de orat. 3. 28 § 110.

Im justianischen Recht kam an Stelle der usurpatio civilis die Erhebung der Eigentumsklage. Nur im Notfalle, wenn in der Person ein Hindernis bestand, konnte durch Protestation vor Gericht die Ersitzung unterbrochen werden.[51])

§ 6.

Ersitzung und Verjährung.

Eine Parallele zwischen Ersitzung und Verjährung ist im römischen Recht unbedingt zu ziehen, wenn auch eine scharfe Trennung gemacht werden und jedwede Verquickung beider Institute unbedingt vermieden werden muß. Beide Institute sind einem Oberbegriff, und zwar „Verjährung im weitesten Sinne" unterzuordnen. Denn unter Verjährung im weitesten Sinne ist die Entstehung sowie die Endigung oder Entkräftung von Rechten durch fortgesetzte Ausübung oder fortgesetzte Nichtausübung zu verstehen. Hiernach ergeben sich zwei Arten der Verjährung, die erwerbende oder Akquisitivverjährung und die erlöschende oder Extinctivverjährung.

Als Hauptfall der ersteren kommt die Ersitzung in Frage. Bei der zweiten werden Rechte infolge Nichtausübung getilgt. Diese liegt, abgesehen von den non usus bei den Servituten, hauptsächlich bei der Klagverjährung vor, das ist das Erlöschen der Klagrechte wegen Nichtanstrengung der Klage während der durch das Gesetz vorgeschriebenen Zeit.

Bei der Behandlung der Ersitzung im Verhältnis zur Verjährung kommt für letztere nur die Verjährung im engeren Sinne, nämlich die Extinctivverjährung in Frage, und in diesem Verhältnis soll das Uebereinstimmende und Verschiedene dieser beiden Arten behandelt werden.

In der historischen Entwicklung kann eine Parallele zwischen Ersitzung und Verjährung nicht gezogen werden. Schon vor dem Zwölftafelgesetz — wie oben bereits festgestellt — hatte die Ersitzung sich im Zivilrecht durchgesetzt und erschien als notwendiges Institut des römischen Rechtssystems. Anders bei der Anspruchsverjährung, zu der der Prätor den ersten Anstoß gegeben hatte.[52])

Ersitzung und Verjährung sind beide einem Gedanken entsprungen. Grundgedanke für beide Institute ist die rechtliche Anerkennung tatsächlicher Zustände, die längere Zeit unangefochten bestanden haben. Das Institut der „Verjährung im weitesten Sinne" dient somit dem Bedürfnis der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens.[53]) Weiter erspart es den Beweis weit zurückliegender, durch die Länge der Zeit verdunkelter Tatsachen und Vorgänge. Bei beiden Instituten wird nach einem gewissen Zeitablauf eine die Rechtslage ändernde Wirkung zuerkannt.

Je nachdem man nun vom Standpunkt des Eigentumerwerbenden oder Eigentumverlierenden die Ersitzung betrachtet, ergeben sich zwei

---

[51]) l. 2 C. 7. 40.

[52]) Windscheid, Pandekten § 106, S. 548; Regelsberger, Pandekten §§ 181—182; Mitteis in der Zeitschrift der Sav.-Stiftung Bd. 26 S. 486 f., Bd. 27 S. 226 ff.; Lenel, daselbst in Bd. 25 S. 370 ff., Bd. 27 S. 71 ff.

Gesichtspunkte, die bei der Verjährung, je nachdem man sie vom Standpunkt des Schuldners oder Gläubigers betrachtet, fast vollkommen ähnlich sind. In beiden Instituten befindet sich etwas Erwerbendes und etwas Erlöschendes. Und trotzdem ist eine strenge Trennung hierbei zu beachten, da beide Institute von entgegengesetzten Gesichtspunkten zu betrachten sind. Trotz der Gleichheit muß doch eine Ungleichheit im Wesen der Ersitzung und Verjährung festgestellt werden. Das Wesentliche bei der Ersitzung ist der Erwerb des Eigentums, bei der Verjährung der Verlust des Anspruches.[54]) Aus dieser Festlegung des Wesentlichen beider Institute mußte man zwangsläufig zu den verschiedenen Ausdrücken Akquisitiv- und Extinctivverjährung kommen.

Die Verjährung hat zerstörenden Charakter.[55]) Sie kann nur vom Standpunkte des Verlierers des Rechtes zu betrachten sein. Durch sein Zeitversäumnis ist der Verlust eingetreten, ipso iure, ohne daß der andere Teil auch nur etwas daran machen könnte. Allerdings ist auch eine Besserung der Vermögenslage des Schuldners eingetreten, da ja gegen seinen Willen die Leistung nicht mehr verlangt werden kann.

Ganz anders ist es bei der Ersitzung, sie hat heilenden Charakter,[56]) Der nichtgültige Eigentumerwerbsakt soll geheilt werden. Die Zeit hat dem Ersitzenden zur Erlangung des Rechts mitgeholfen. Zwar hat der Eigentumverlierende auch etwas versäumt, nämlich die Geltendmachung seines Rechtes. Hat er aber tatsächlich etwas versäumt, wollte der Verlierende denn überhaupt seinen Anspruch geltend machen? Durch irgendein Rechtsgeschäft hat er den Gegenstand weggegeben, er wollte damit sofort das Eigentum aufgeben. Aber nicht durch das Rechtsgeschäft, sondern durch die nachfolgende Ersitzung erlangte der andere das Eigentum. Kann unter diesen Umständen aber nach dem Empfinden des „Eigentumverlierenden" noch von einem Verlust gesprochen werden?

Weiter darf dabei nicht übersehen werden, daß das subjektive Befinden des Ersitzenden die überwiegende Rolle bei der Ersitzung einnimmt, daß die Zeit nur eine untergeordnete Stellung einnimmt, im Gegensatz zu der Verjährung, wo doch gerade der Zeitablauf das wichtigste ist. Der gute Glaube und der zu mindesten geforderte Putativtitel rechtfertigen den Eigentumserwerb, nicht allein die Feststellung,[57]) daß die Eigentumsverhältnisse endlich sicher gehen müßten. Dadurch ist eine ausgleichende Gerechtigkeit zwischen den Beteiligten durch die Ersitzung gegeben, unter diesen Umständen durfte der Ersitzende nicht mehr entsetzt werden.

Anders bei der Verjährung. Hier kann man sich nicht einem gewissen Gefühl der Ungerechtigkeit verschließen, vor allem, da sie nur

[53]) Enneccerus Bd. 1 § 211 I.

[54]) Ein Verlust des Anspruches ist an sich nicht gegeben, es kommt nur einem Verlust des Anspruches gleich, da der Berechtigte ihn nicht mehr geltend machen kann. Der Berechtigte kann zwar die Leistung noch in Empfang nehmen und behalten. Untergegangen ist bloß die persönliche Haftung des Schuldners, er kann gegen seinen Willen nicht mehr zur Leistung angehalten werden.

[55]) Windscheid Pd. Bd. 1 § 105 S. 544.

[56]) Windscheid Pd. Bd. 1 § 105 S. 544 f.

[57]) Gaius in l. 1 D. 41, 3.

aus Zweckmäßigkeitsgründen hervorgegangen ist. Dem steht aber nicht entgegen, daß diese Regelung nicht unbedingt getroffen werden mußte, um eine notwendige Rechtssicherheit zu schaffen, wobei aber nicht übersehen werden kann, daß dieses zu Ungunsten des verlierenden Teiles geschieht. Ständig würden sonst ja Leute kommen, die Ansprüche, die eine lange Reihe von Jahren zurückliegen, geltend machen, sei es nun, daß die Forderungen tatsächlich noch bestehen, sei es, daß sie durch die lange Zwischenzeit eine Beweiserschwerung und Verdunkelung oder Entstellung des bereits erloschenen Anspruches erwarten. So war die Wirkung der actiones perpetuae im alten römischen Zivilrecht.

Obgleich das Gesetz dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht gegeben hat, wird kein anständiger Schuldner — für den Fall, daß die Forderung zu Recht besteht, hiervon Gebrauch machen. Es würde seinem und dem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl in keiner Weise entsprechen.

Bei der Ersitzung braucht der Ersitzende ein derartiges Bedenken nicht zu haben. Hier hat das Gesetz dem Erwerbenden nicht nur Eigentum verschafft, es entspricht auch der Billigkeit, daß er Egentum erlangte.

§ 7.

Der Kondiktionsanspruch bei vollendeter Ersitzung und Verjährung.

Aus dem Gesagten muß gefolgert werden, daß, soweit die typische Wirkung beider Institute reichte, ein Kondiktionsanspruch nicht gegeben sein kann. Es würde dem Wesen und dem Zweck der beiden Institute widersprechen. Das Gesetz wollte einem ungewissen Rechtszustand ein Ende bereiten aus Gründen, die für beide Institute verschieden sind, da sie mit dem jeweiligen Zweck der beiden Institute zusammenhängen.

Für die Verjährung ist es einfach undenkbar, daß hier vom Gesetzgeber dem trotz Verjährung Leistenden ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zugelassen werden sollte. Wenn ein solcher zu bejahen wäre, dann hätte man von vornherein auf dieses Rechtsinstitut verzichten können, dann hätte das Institut der Verjährung gar keinen Sinn. Denn die Verjährung ist geschaffen worden mit Rücksicht auf die Einengung ungesunder Kreditgewährung, weiter wollte man Beweiserschwerungen und Verdunkelungen der Tatsachen und Vorgänge, durch die Länge der Zeit hervorgerufen, unbedingt ausschließen. Es sollte dem Gläubiger jede Möglichkeit, die Forderung doppelt geltend zu machen, genommen werden, sei es nun, daß er nicht mehr wußte (z. B. infolge Erbganges), daß die Forderung bereits erloschen war, sei es, daß er dieselbe böswillig noch einmal verlangen wollte. Das war nur so möglich, daß man unter die Vergangenheit endgültig einen Strich zog und die Zulassung eines Kondiktionsanspruches unter allen Umständen versagte.

Bei der Ersitzung ergibt sich aus einem anderen Grunde die Ablehnung eines Kondiktionsanspruches. Oefters hat der Gesetzgeber

bei originärem Eigentumserwerb, wie z. B. bei der accessio und specificatio als Ausgleich für den Verlust des Eigentums einen Kondiktionsanspruch zugelassen. Dieses erklärt sich aus der Ueberlegung, daß bei Zulassung eines Rückforderungsanspruches (der an sich gerechtfertigt wäre) wirtschaftliche Werte zerstört würden. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber dem Verlierer des Rechts einen Kondiktionsanspruch zugestanden, der nicht auf Wiederherstellung des alten Zustandes sondern nur auf Geldersatz geht. Bei dem Zusammentreffen der rechtlichen Gesichtspunkte, auf der einen Seite der Rückforderungsanspruch, auf der anderen eventuell Zerstörung wirtschaftlicher Güter, hat der Gesetzgeber das für diesen Fall weniger wichtige Recht (im Interesse der Volkswirtschaft) dem andern geopfert und nur einen Ersatz hierfür gegeben, ohne daß der Verlust des Eigentums sonst zu Recht eingetreten ist. Es ist also zu sagen, daß nur die Rechts-, nicht die Vermögensänderung, gerechtfertigt ist (Windscheid § 422 unter 2 a Seite 872) und aus diesem Grunde ein Kondiktionsanspruch gegeben werden mußte.

Wie ist es nun bei der usucapio? Ganz klar ist es, daß ein Eigentumsanspruch auch hier nicht mehr gegeben sein kann, da mit dem Erwerb des Eigentums durch den Ersitzenden das Eigentum des früher Berechtigten untergegangen ist. Doppeleigentum gibt es nicht. Die rechtliche Beurteilung dieses Eigentumserwerbes ist aber eine andere. Die Ueberlegung, daß einerseits dem Verlierer des Rechts ein Rückforderungsanspruch zuzuerkennen ist, andererseits aber aus einem anderen rechtlich bedeutsamen Gesichtspunkte ihm hierfür nur ein Ersatz gegeben werden muß, trifft bei der usucapio nicht zu. Das Gesetz braucht hier keinen Ausgleich für den „Verlust des Eigentums" zu schaffen, denn dieser Eigentumswechsel steht mit der Gerechtigkeit auf gutem Fuß. Durch die Ersitzung sollte der Mangel des Erwerbsaktes geheilt werden. Mit Vollendung der Ersitzung ist der mangelhafte Erwerbsakt geheilt und damit hat die usucapio gleichzeitig auch die rechtliche Wertung als Erwerbsakt erhalten. Soweit nun dieser Erwerbsakt mit Recht bestand, kann von einer ungerechtfertigten Bereicherung keine Rede mehr sein. Die Rechts- und Vermögensänderung steht im Einklang und ist in jeder Beziehung gerechtfertigt. Aus diesem Grunde ist bei der Ersitzung dem früher Berechtigten gegen den neuen Eigentümer kein Kondiktionsanspruch zu geben.

Beide Institute Verjährung und Ersitzung schließen also an sich einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung aus, aber aus verschiedenen Gründen, die sich aus dem Zwecke ihres Bestehens ergeben.

§ 8.

Die Zulassung eines Kondiktionsanspruches nach vollendeter Ersitzung bei Vorliegen eines Putativtitels und mangelnder Kausa des Erwerbsvorganges.

Die Ersitzung hatte die Funktion, den Mangel des Erwerbsvorganges selbst zu heilen. Soweit nun die rechtsgeschäftliche Grundlage für die Ersitzung sonst zu Recht bestand, oder der Erwerbsakt keiner wei-

teren Grundlage bedurfte, konnte ein Kondiktionsanspruch nicht gegeben sein. Es ergibt sich aber jetzt die Frage, ob, insoweit als ein Putativtitel vorlag, der Mangel des Erwerbsaktes durch die usucapio mitgeheilt wurde. Mit anderen Worten: wurde die fehlende causa des Erwerbsaktes durch die usucapio auch ersetzt? Es ist sogar noch ein Schritt weiterzugehen und die Frage zu stellen: wollte die Ersitzung überhaupt jedwede gewöhnliche Folge des Kausalgeschäftes ausschließen? Die zweite Frage muß ohne weiteres verneint werden, diese Funktion kann dem Ersitzungsinstitut nicht zuerkannt werden. Aber auch die erste Frage muß verneint werden.

Wesentlich wird die Frage eines Kondiktionsanspruches nach vollendeter Ersitzung in den Fällen:

1. wo der der usucapio zu Grunde liegende Erwerbsakt an sich einen Kondiktionsanspruch gewährt, z. B. einem mir vermeintlich gehörigen Gegenstand wird eine fremde Sache zugefügt. Bei Vorliegen einer accessio kann der Eigentümer der fremden Sache die rei vindicatio nicht mehr anstrengen, ihm bleibt lediglich ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Hafte ich nun noch auf diesen Anspruch, wenn ich den mir vermeintlich gehögen Gegenstand ersessen habe?
2. wo das der usucapio zu Grunde liegende Erwerbsgeschäft nichtig ist;
3. und endlich, wo das an sich gültige Grundgeschäft mit einem Rückforderungsrecht behaftet ist, z. B. das Rückforderungsrecht des Schenkers wegen groben Undanks.

Es ist nicht denkbar, daß die Römer in diesen Fällen keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zugelassen haben.

Daß die usucapio eine Bereicherung enthält, kann nicht bestritten werden. Würde sich aber das Recht selbst widersprechen, wenn es auf der einen Seite einen Eigentumsgewinn konzediert, auf der anderen Seite wieder entzieht? Durch die Ersitzung sollen lediglich alle Erwerbsmängel geheilt werden, die einem sofortigen Eigentumserwerb hindernd in den Weg treten, ohne besondere Wirkungen, vor allem aber Begünstigungen für den Ersitzenden auszulösen.

Grundsätzlich kann man feststellen, daß im Verhältnis zwischen dem bisherigen Eigentümer als solchem und dem Ersitzenden die Römer keinen Kondiktionsanspruch zuließen. Hier kann man sich vor allem auf die von Jhering[58]) angeführten Digestenstellen l. 47 § 1 D. 17, 1 und l. 54 pr. D. 21, 2 stützen. Pomponius sagt an der ersten Stelle: „Si is, qui pro te hominem dare fideiussit, alienum hominem stipulatori dederit, nec ipse liberatur nec te liberat et ideo mandati actionem tecum non habet, sed si stipulator eum hominem usuceperit, dicendum esse Iulianus ait liberationem contingere: eo ergo casu mandati actio post usucapionem demum tecum erit. Wenn der Beauftragte (wobei es gleichgültig ist, ob er als Bürge oder als Angewiesener auftritt) zur Erfüllung einer Verpflichtung aus dem Kaufgeschäft eines anderen einen

[58]) Jhering in Jherings Jahrbüchern Bd. 16 S. 277.

Sklaven liefert, der ihm nicht gehört, ist der Verkäufer von der Kaufschuld solange nicht befreit, als bis der Sklave ersessen ist. Dem Beauftragten steht andererseits während der Ersitzungszeit nicht die actio mandati contraria zu. Sobald Eigentumserwerb durch Ersitzung eingetreten ist, ergibt sich eine Befreiung des Verkäufers von der Kaufschuld, und dem Beauftragten steht jetzt die actio mandati contraria zu.

Hieraus ergibt sich ganz klar, daß die Usucapion als solche keinen Bereicherungsanspruch des ehemaligen Eigentümers auslöst. Für den Fall, daß doch ein Kondiktionsanspruch gegeben sein würde, ergäbe sich ein Eviktionsanspruch des Käufers gegen den Verkäufer und damit könnte ja nie die actio mandati contraria gegeben sein.

Ebenso Gaius l. 54 pr. D. 21, 2: „Qui alienam rem vendidit, post longi temporis praescriptionem vel usucapionem desinit emptori teneri de evictione".[59]) Auch hier müßte sich für den Fall, daß ein Kondiktionsanspruch des früheren Eigentümers gegeben wäre, ein Eviktionsanspruch des Käufers gegen den Verkäufer ergeben, da dem Käufer doch das rem habere licere nicht gewährleistet worden ist.

Weiter wurde diesen Stellen von Oertmann[60]) die l. 60 D. 46, 3 hinzugefügt. Hier drückt Ulpian den gleichen Rechtsgedanken bezüglich der datio in solutum aus: „is qui alienum hominem in solutum dedit usucapto homine liberatur".

Diese Stellen lassen keinen Zweifel zu, daß die usucapio keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung auslöste.

Im übrigen hat das Corpus iuris eine Digestenstelle, in der an sich die Voraussetzungen für eine condictio sine causa gegeben wären. Im l. 30 § 1 D. 4, 6 Paulus libro duodecimo ad edictum: „si is, qui rei publicae causa afuit, usucepit et post usucapionem alienaverit rem, restitutio facienda erit, et licet sine dolo afuerit et usuceperit, lucro eius occurri oportet.". Es wird hier festgestellt, daß durch die usucapio eine Bereicherung eingetreten ist, die dem früheren Eigentümer auch wieder herauszugeben ist, und zwar solle das im Wege der restitutio in integrum geschehen. Hieraus muß weiter gefolgert werden, daß die römischen Juristen einen Kondiktionsanspruch des bisherigen Eigentümers gegen den Ersitzenden selbst für den Fall, wo die Voraussetzungen einer condictio sine causa gegeben waren und sie auch diese anerkannten, nicht zulassen wollten. Sie nahmen dann das Institut der Restitution zu Hilfe.[61])

Das objektive Ersitzungsrecht war nach seiner ratio: „ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium[62]) oder noch kürzer ut aliquis litium finis esset[63]) ein völlig genügender Erwerbstitel.[64])

Und trotzdem gewährten die römischen Klassiker unter gewissen Umständen einen Kondiktionanspruch, und zwar dem Veräußerer (nicht

[59]) nach Ansicht von Girard: „auctoritate".
[60]) Oertmann im Recht 1910 S. 589.
[61]) Jhering a. a. O. S. 277—278.
[62]) Gaius II, 44 und l. 1 D. 41, 3.
[63]) Neratius in l. 5 D. 41, 10.
[64]) Haymann in Juristischer Wochenschrift 1931 S. 1030 ff.

dem früheren Eigentümer) gegen den Ersitzenden. Für den Fall, daß der Erwerb auf eine Zuwendung sine causa, die Ersitzung sich also auf einen titulus putativus stützte, konnte sich ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ergeben. Zu dieser Feststellung können wir um so leichter kommen, weil wir erkannt haben, daß die Ersitzung von dem Institute der Verjährung streng zu trennen ist. Soweit also der der Ersitzung zu Grunde liegende Erwerbsakt mit einem Kondiktionsanspruch behaftet ist, bleibt auch nach vollendeter Ersitzung die Möglichkeit der condictio rei bestehen.

Die Ersitzung hatte lediglich die Funktion die Mängel des Erwerbsvorganges selbst zu heilen, nicht aber die fehlende causa zu ersetzen.

In l. 15 § 1 D. 12, 6 behandeln die Quellen einen Fall, wo die usucapierte Sache durch eine condictio zurückgefordert werden kann. „Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem sed et si possessionem tuam fecissem ita, ut tibi per longi temporis praescriptionem avocari non possit, etiam sic recte tecum per indebitam condictionem agerem. Sed et si usus fructus in re soluta alienus sit, deducto usu fructu a te condicam."

Es handelt sich hier um die Bezahlung einer vermeintlichen Schuld mit fremden Münzen. Ganz klar ist es, daß, wenn mit eigenen Münzen diese Schuld bezahlt worden wäre, der Geber sofort einen Kondiktionsanspruch gehabt hätte. Für den Fall, daß der Empfänger das Eigentum der Münzen nun ersitzen muß, ergibt sich eine condictio rei mangels sofortigen Rechtserwerbes des Empfängers erst im Augenblick der vollendeten Ersitzung.

Paulus stellt hier also ausdrücklich eine Bereicherungshaftung zugunsten des Gebers der Münzen fest. Paulus war es auch, der in der l. 2 §§ 15, 16 D. 41, 4 von dem strengeren Erfordernis des titulus verus für die Ersitzung abging und einen Putativtitel genügen ließ. In einer Weiterführung dieses Gedankenganges mußte er dann logischerweise zu einem Kondiktionsanspruch des Gebers gegen den Empfänger des Geldes kommen.

Haymann[65]) hält diese Digestenstelle in all ihren Teilen für unecht, daß ergebe sich schon allein aus dem schlechten Latein. Der unmögliche Stil ließe nachklassisches Gepräge erkennen, und zwar hält er diese Stelle für byzantinisches Machwerk. Hierdruch stellt er sich in Gegensatz zu Pflüger[66]) und von Mayr, die, abgesehen von dem etwas ungewöhnlichen „per indebitam condictionem agere", das Latein als tadellos bezeichnen. Auch von Oertmann sind in dieser Beziehung keine Bedenken geäußert worden. Meines Erachtens kann aus diesem Gesichtspunkte der formellen Anstände eine derartige Folgerung nicht gezogen werden.

Auch aus rechtspolitischen Erwägungen scheint die Anerkennung eines Kondiktionsanspruches gerechtfertigt. Es ist nicht einzusehen, warum der Empfänger fremder Münzen eine so bevorzugte Stellung

[65]) Haymann in Jherings Jahrbüchern Bd. 77 S. 222.
[66]) Pflüger in Z.R.G. 18 S. 106.

einnehmen sollte. Nach Ablauf von drei Jahren wäre er, soweit guter Glaube bei ihm zu bejahen wäre, gegen jeden Rückforderungsanspruch des Gebers als auch des früheren Eigentümers gefeit, während in dem Falle, wo mit eigenen Münzen die vermeintliche Schuld bezahlt wurde, der Empfänger noch während einer Zeit von 30 Jahren aus ungerechtfertigter Bereicherung gehaftet hätte.[67]) Auch hier bliebt der Erwerb „indebite" gemacht, nicht anders, wie er es bei sofortigem Eigentumserwerb des Empfängers gewesen sein würde. Und aus welchem Grunde sollte eine so verschiedene Regelung hier gegeben sein.

Die Möglichkeit eines Kondiktionsanspruches erscheint weiter in der l. 13 pr. D. 39, 6.

Julianus libro septimo decimo digestorum: „Si alienam rem mortis causa donavero eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego, si convaluero."

Der Verfüger konnte im Falle einer mortis causa donatio das ersessene, ihm selbst niemals zugestandene Eigentum vom Erwerber mit der condictio op rem non secutam herausverlangen, si convaluerit donator, vergleiche § 1 daselbst. Bei Ueberstehen der konkreten Lebensgefahr hätte der Erwerber für den Fall, daß eine eigene Sache geschenkt worden wäre, trotz sofortigem Eigentumserwerb sie bei Geltendmachung der condictio wegen des fortan mangelnden Rechtsgrundes herausgeben müssen. Eine Besserstellung des Beschenkten kann sich doch nicht dadurch ergeben, daß nun eine fremde Sache geschenkt wurde. Dieser Umstand kann nicht einen Kondiktionsanspruch verhindern. Mit Entschiedenheit, keinen Zweifel Raum lassend, stellt Julian für die mortis causa donatio einen Kondiktionsanspruch fest, genau wie Paulus in dem entsprechenden Fall, der l. 15 § 1 D. 12, 6.

Was die donatio inter vivos bezüglich fremder Sachen anbetrifft (l. 25 D. 24, 1, hier handelt es sich um eine Schenkung fremder Sachen von seiten des Ehemannes an seine Frau und nachträgliche Ersitzung), so muß das gleiche Prinzip auch hier Geltung gehabt haben.

Nicht der durch die Ersitzung verlierende Eigentümer hat den Bereicherungsanspruch, sondern der unberechtigte Verfüger wird als Zuwender hingestellt. Durch die Zulassung der condictio gelangt etwas in das Vermögen des Verfügers, was zwar niemals vorher darin war, zum Nachteil des früheren Eigentümers, der aber ja auch keinen Anspruch gehabt hätte, wenn der Verfüger selbst die Ersitzung vollendet haben würde. Zu diesem Schluß mußten die römischen Juristen kommen, da sie davon ausgingen, daß nicht auf Grund des Besitzes der Eigentumserwerb ermöglicht wurde, sondern durch die Zuwendung des Leistenden der Eigentumserwerb in die Wege geleitet wurde. Wir stützen uns hier auf einen Ausspruch des Paulus in l. 33 D. 39, 6, für den im übrigen dasselbe Ergebnis wie in l. 13 D. 39, 6 gegeben ist.

Paulus libro quarto ad Plautium: Qui alienam rem mortis causa traditam usu cepit, non ab eo videretur cepisse cuius res fuisset, sed ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset.

Nicht der am Rechtsgeschäft garnicht beteiligte Eigentümer, sondern der Geber, der dem Empfänger die Ersitzung ermöglicht hat, ist

[67]) Oertmann a. a. O., 1910 S. 589.

der Urheber der Ersitzung. Wenn die römischen Juristen der Ansicht gewesen wären, daß die Ersitzung zu Lasten des Vermögens des früheren Eigentümers erfolgt wäre, hätten sie doch unbedingt dem früheren Eigentümer den Kondiktionsanspruch zuerkennen müssen .

Aus demselben Grunde ergibt sich auch in l. 15 § 1 D. 12, 6 nicht für den früheren Eigentümer, sondern für den Leistenden der Bereicherungsanspruch.

Denselben Rechtsgedanken finden wir auch bei der Lehre vom Darlehn wieder.

Für den Fall, daß fremde Münzen zu Darlehn gegeben wurden, so daß erst durch nachfolgende Konsumption (Ausgeben oder Vermischung) dem Empfänger das Eigentum hieran verschafft wurde, entstand kein Darlehnanspruch, sondern nur eine condictio sine causa, die sogenannte condictio de bene depensis.[68]) Auch dieser Bereicherungsanspruch stand nicht dem früheren Eigentümer, sondern dem Geber der Münzen zu. Der Grund hierfür findet sich in der l. 19 § 1 D. 12, 1. „Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia condictionem habet vel liberatur non alia ratione, quam quod facto eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse: quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, consumpta ea et ipse pupillo obligatur vel eum a se liberabit et eum cui dederit obligatum habebit vel se ab eo liberabit. nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit: item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit.

Nicht anders würde die Entscheidung gelautet haben, wenn nicht durch die Konsumption, sondern durch die Usucapion Eigentum an den Münzen erlangt worden wäre.[69])

Merkwürdig mag es erscheinen, daß der Verfüger Eigentum kondiziert, obwohl er doch nur Besitz verschafft hat. Mit dem Bereicherungsanspruch kann doch nur das herausverlangt werden, was der Erwerber tatsächlich von dem Verfüger erhalten hat, und das wäre doch nur Besitz. Eigentum hat er doch erst auf Grund der nachfolgenden Ersitzung erhalten. Es ergäbe sich dann die Rechtslage, daß der Besitz zwar kondiziert werden könnte. Diese Kondiktion wäre aber ohne praktische Bedeutung, da der Erwerber auf Grund des Eigentums an der Sache diese sofort wieder zurückverlangen könnte. Er brauchte noch nicht einmal den Besitz herauszugeben, da die Besitzkondiktion von vorne herein abgeschnitten wäre. Er hätte die exceptio doli, denn „dolo malo fecit, qui petit, quod statim redditurus sit".

Grundsätzlich gaben die Römer von dem Augenblicke an, wo durch Ersitzung nachträglich Eigentum erlangt wurde, die condictio rei, nicht

[68]) wobei allerdings sich noch ein Unterschied ergab, ob der Empfänger redlicher oder unredlicher Weise das Hingegebene verbraucht hatte. Für letzteren Fall ergibt sich dann die rei vindicatio auf Ersatz, ebenso die condictio furtiva gegen den Empfänger als conscius furti oder die condictio sine causa.

[69]) Jhering a. a. O. S. 272 Oertmann a. a. O. S. 590.

nur eine condictio possessionis, wobei nicht übersehen werden kann, daß diese nur an Stelle einer anfänglichen condictio possessionis getreten war. Hierbei ergibt sich ohne Zweifel die Möglichkeit, das Eigentum zu kondizieren. Aber auch selbst dann, wenn in diesen Fällen nur eine condictio possessionis gegeben sein sollte, wie Haymann [70]) annimmt, ist mit dieser condictio auch das Eigentum zu kondizieren. Denn das Eigentum ist auf Grund des mit einem Kondiktionsanspruches behafteten Besitzes erlangt worden. Und das rechtfertigt die Erstreckung des Bereicherungsanspruches auch auf das Eigentum.[71]) Hiergegen hat Haymann entschieden Stellung genommen. Er hält es nicht für möglich, daß das Eigentum in diesem Falle kondizierbar ist, weil es nicht „als aus der Sache selbst an Zuwachs fließt". Gewährt wäre dem Kondiktionsgläubiger nur ein Anspruch auf das, was rei solutae accessit, partus qui ex ancilla natus sit, vel quod alluvione accessit, et fructus quos is cui solutum est bona fide percepit.[72]) Es ist richtig, was Haymann hier festgestellt hat; aber ohne Zwang läßt sich doch sagen, daß der Ersitzungserwerb auf Grund des anfangs erhaltenen Rechts erworben ist, also aus dem an sich kondizierbaren Besitz als Zuwachs fließt. Und damit erstreckte sich der Bereicherungsanspruch bei einer condictio possessionis auch auf das durch die Ersitzung erlangte Eigentum.

§ 9.

Kurze Zusammenfassung des gewonnenen Ergebnisses.

Am Schlusse dieser Abhandlung ist es noch unsere Aufgabe, einen kurzen Ueberblick über das zum großen Teil durch historische Betrachtungen gewonnene Ergebnis zu schaffen.

Für die Beantwortung der Frage, ob nach vollendeter Ersitzung noch ein Kondiktionsanspruch gegeben sein kann, haben sich im Corpus Juris zwei Gruppen von Stellen gefunden, die auf der einen Seite unbedingt diese Frage verneinen, auf der anderen Seite einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zulassen. Und zwar hat nicht der (durch die Ersitzung verlierende) Eigentümer diesen Kondiktionsanspruch, sondern der nicht berechtigte Verfüger. Der Grund hierfür liegt in der mangelnden Bereicherung des Empfängers im Verhältnis zum Eigentümer, da die ersessene Sache in untrennbarer Verbindung mit einer Rückgabepflicht an den Veräußerer belastet ist.

Diese beiden Gruppen von Stellen stehen aber nur in scheinbarem Widerspruch zueinander, bei näherem Zusehen haben wir erkennen können, daß sie bestens harmonieren.

Die Usucapion als Rechtsinstitut diente nur dazu, Mängel des Erwerbsaktes als solche zu heilen, sei es nun, daß eine fremde Sache veräußert worden war oder daß der Eigentumserwerb durch bloße

[70]) Haymann in Juristische Wochenschrift 1930 S. 1030.
[71]) Oertmann a. a. O., 1915, S. 511 Windscheid Pd. Bd. 2 § 424 Note 2.
[72]) l. 15 pr. D. 12, 6.

traditio einer res mancipi nicht eingetreten war. Wesentliches Erfordernis der Ersitzung war fortdauernder Besitz während einer festbestimmten Zeit, wobei als weitere Voraussetzung guter Glaube und ein Titel verlangt wurde. Soweit nun ein titulus verus für die Ersitzung notwendig war, konnte niemals ein Kondiktionsanspruch gegeben sein, da in diesen Fällen von einer Leistung sine causa keine Rede sein konnte. Durch die Gültigkeit des Verpflichtungsaktes konnte die Ersitzung ja erst stattfinden. Später jedoch, als man von diesem strengeren Erfordernis, dem titulus verus, abging und einen titulus putativus für die Ersitzung genügen ließ und damit auch trotz Ungültigkeit des Erwerbsgrundes die usucapio möglich wurde, ergab sich eine condictio der res usucapta. Für die Fälle, wo auch bei sofortigem Eigentumserwerb ein Bereicherungsanspruch gegeben war, ergab sich ein solcher auch nach vollendeter Ersitzung, da lediglich die Erwerbsmängel geheilt, nicht aber die fehlende causa durch das Rechtinstitut der Ersitzung ersetzt werden sollte.

II. Der Kondiktionsanspruch nach vollendeter Ersitzung im heutigen Recht.

§ 10.

Die Wirkungsweise der Ersitzung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Für das heutige Recht ist dem Institut der Ersitzung eine weit geringere Bedeutung beizumessen, als es im römischen Recht der Fall war. Denn die fortschreitende Rechtsentwicklung hat im Interesse der Rechtssicherheit, schwebende Rechtszustände möglichst zu vermeiden, in vielen Fällen, wo sonst in Rom Eigentumserwerb nur durch Ersitzung erfolgen konnte, sofortigen Eigentumserwerb eintreten lassen. Andererseits hat das heutige Recht in manchen Fällen, wo in Rom die Sache kraft positiven Gesetzes der Ersitzung entzogen war (res inhabilis), z. B. die res furtivae, das Institut der Ersitzung Anwendung finden lassen. Der Ausgleich für die Schwierigkeit des Eigentumserwerbes von einem Nichtberechtigten im römischen Rechte wurde in etwa durch die kurze Ersitzungszeit geschaffen. Die usucapio forderte ein- bezw. zweijährigen Besitz und nach der Verschmelzung der usucapio mit der longi temporis praescriptio wurde durch Justinian eine dreijährige Ersitzungszeit bestimmt. Das BGB. verlangt aber in den wenigen Fällen, in denen es die Ersitzung noch zur Anwendung kommen läßt, einen zehnjährigen Zeitablauf.

Die Wirkungsweise des Institutes der Ersitzung ist für das heutige Recht genau dieselbe, wie sie in Rom war, nämlich Heilung des der Ersitzung zugrunde liegenden Erwerbsaktes. Dem Ersitzenden wird damit unanfechtbares Eigentum verschafft. Es ist selbstverständlich, daß mit dem Eigentumserwerb von Seiten des Ersitzenden das Eigen-

tum des früher Berechtigten untergeht. Aber auch aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung kann grundsätzlich gegen den Ersitzenden nicht mehr vorgegangen werden. Eine endliche Sicherheit muß den sich nach außen als bestehend aufweisenden Rechtsverhältnissen gewährt werden. Im BGB. findet sich zwar kein ausdrücklicher Ausschluß der §§ 812 ff. nach erfolgter Ersitzung, aber aus dem Sinn und Zweck und aus der Entstehungsgeschichte des Instituts der Ersitzung für das BGB.[73]) muß sich diese Folgerung grundsätzlich ergeben.

So wurde in den Motiven zum BGB. im § 748 Abs. 2 bestimmt: „Als rechtlicher Grund ist es im Zweifel anzusehen, wenn ein Rechtsverlust auf einer diesen bestimmenden Vorschrift beruht". Für die Ersitzung wurde ausdrücklich eine Abweichung von § 748 Abs. 2 abgelehnt.[74]) In den Protokollen wurde zwar § 748 Abs. 2 gestrichen, da so allgemein gefaßt diese Ansicht falsch wäre.[75]) Als passendes Beispiel für § 748 Abs. 2 wurde aber auch jetzt noch der Fall der Ersitzung erwähnt.

Als weiteres Argument läßt sich anführen, daß ein Kondiktionsanspruch nur gegeben sein kann, wenn im BGB. ausdrücklich ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung bei einem Rechtsverlust durch Bestimmung des Gesetzes vorbehalten ist, eine Anwendung der §§ 812 ff. möglich ist, wie zum Beispiel in den §§ 951, 977 BGB., Art. 83 WO., § 21 Scheckges. u. a. Aus einem argumentum e contrario ergibt sich dann, daß nach vollendeter Ersitzung ein Bereicherungsanspruch nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Diese Ansicht war im Anfang zunächst unbestritten und unter keinen Umständen wollte man einen Kondiktionsanspruch nach vollendeter Ersitzung zulassen. Ueberall wurde dies mit wenigen Worten und wie etwas weiter nicht Beweisbedürftiges vorgetragen, so in den Lehrbüchern von Cosack, Crome, Enneccerus und Kohler, nicht minder in den Kommentaren von Oertmann, Planck und Staudinger bei Kipp, Schollmeyer und v. Mayr.[76])

Neben den oben bereits angeführten Gründen rechtfertigen sie dieses Ergebnis auch aus rechtspolitischen Erwägungen. Der Ersitzende solle nach Ablauf eines gewissen Zeitraumes Ruhe haben, und wegen seines Eigentumes sicher gehen, „ut aliquis litium finis esset". Andererseits würde durch Zulassung einer Kondiktion die durch die Ersitzung bezweckte Sicherheit gefährdet werden.[77])

Allerdings hatten Ihering[78]) und Strohal[79]) schon Bedenken über die Richtigkeit eines vollständigen Ausschlusses des Bereicherungs-

[73]) Hierzu kommt noch die historische Entwicklung des Instituts der Ersitzung, wie sie im ersten Teil dieser Abhandlung dargestellt ist. Hieraus ergab sich ja auch eine grundsätzliche Ablehnung eines Kondiktionsanspruches.

[74]) Motive Bd. III S. 353.

[75]) Protokolle Bd. II S. 686.

[76]) Mitgeteilt von Oertmann im Recht 1910 S. 585 ff.

[77]) Enneccerus Bd. 1, 2 S. 573 (4.—5. Auflage); Schollmeyer: Einzelne Schuldverhältnisse, 2. Auflage S. 216.

anspruches für den Fall der Ersitzung. Sie hielten einen Kondiktionsanspruch neben der Ersitzung nicht für ausgeschlossen. Dieses stände auch keineswegs im Widerspruch zu dem Gesetze. Aber aus rechtspolitischen Erwägungen kamen auch sie zu einer Verneinung des Bereicherungsanspruches.

Auch Jung [80]) kommt zu diesem Resultat, obgleich er davon ausgeht, daß „der ersessene Wert wohl kondizierbar bleiben müsse". An und für sich ergebe sich bei der Ersitzung dieselbe Lage wie bei der Verbindung, Vermischung und Verarbeitung. Aber bei den weiteren Erwägungen aus dem Zweck des Ersitzungsinstitutes läßt er den Kondiktionsanspruch nicht zu, um zu vermeiden, daß mit dem Ablauf von zehn Jahren noch das obligatorische Verhältnis geprüft werden könne. Denn damit würde indirekt die seinerzeitige Erlangung der Sache wieder beweisfällig werden, und das sollte doch gerade durch das Institut der Ersitzung vermieden werden.

Ernstlich eingeschränkt wurde diese Ansicht von Martin Wolff. Auf Grund seiner Darstellung entwickelte sich eine Gegenmeinung, die heute eine sehr beachtliche Anhängerzahl in der Literatur erworben hat, und der sich auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 6. Oktober 1930 angeschlossen hat.[81])

Wolff geht in seiner Ausführung davon aus, daß im allgemeinen bei dem Erwerb durch Ersitzung es nicht des rechtlichen Grundes hierzu fehle, daß also in diesen Fällen ein Bereicherungsanspruch abgelehnt werden müsse. In den Fällen aber, wo der Eigenbesitz ohne rechtlichen Grund erlangt sei, z. B. dadurch, daß auf Grund eines nichtigen Kaufvertrages eine gestohlene Sache veräußert wurde, solle ein Kondiktionsanspruch gegeben sein, der auf Herausgabe des Gegenstandes gehe. Es könne dem Sinn des Gesetzes nicht entsprechen, daß in dem Falle, wo durch Verfügung eines nichtberechtigten Geschäftsfähigen auf Grund eines nichtigen Kaufvertrages der Käufer zwar sofort Eigentum erworben, aber noch dreißig Jahre auf einen Kondiktionsanspruch hafte, im Falle des Eigentumserwerbes durch Ersitzung nur eine zehnjährige Bereicherungshaftung gegeben sein solle.

Die der Lehre von Wolff entgegengesetzte Meinung muß zu der Formulierung kommen, welche sich versteckt auch bei Staudinger [82]) findet, daß durch Vollendung der Ersitzung die Ansprüche gegen den Ersitzenden nicht in dreißig Jahren, sondern in zehn Jahren verjähren.[83]) Soweit nun damit gesagt werden soll, daß der Eigentums-

---

[78]) Jhering in Jherings Jahrbüchern Bd. 16 S. 274 ff.

[79]) Strohal in Jherings Jahrbüchern Bd. 34 S. 365 ff.

[80]) Jung: Die Bereicherungsansprüche und die Ermangelung des rechtlichen Grundes, Leipzig 1902 S. 34 f.

[81]) Wolff, Sachenrecht § 71 Nr. IV; Oertmann a. a. O. und Komm. Vorbem. 2 c β zu § 812 BGB. S. 1330; Enneccerus, Lehrbuch Bd. 2 § 442 Anm. 19; Staudinger, Bem. 4 a zu § 237 BGB.; Biermann Bem. 2 das.; RGRKomm. Bem. 6 c zu § 812 S. 503; vgl. auch Planck Bem. 3 zu § 937 BGB. RGE. 1930 S. 72; auch in Jur. Woch. 1931 S. 195.

[82]) Staudinger zu § 937 Anm. 5 S. 326 3.—4. Auflage.

[83]) Hölder im Arch. für bürgerliches Recht Bd. 11 S. 238.

anspruch mit vollendeter Ersitzung untergegangen ist — denn mit dem Erwerbe des Eigentums von seiten des Ersitzenden geht ipso iure das des früher Berechtigten unter, und damit auch die Geltendmachung des Eigentumsanspruches durch die Ersitzung eingeengt ist, so ist diese Feststellung selbstverständlich. Von einer Verjährung des Eigentumsanspruches gegen den redlichen Besitzer kann aber keine Rede sein. Denn es muß ein Unterschied zwischen Verjährung und Erlöschen eines Anspruches genannt werden. Durch eine Verwischung der Grenzen dieser beiden Möglichkeiten ist man zu dieser Feststellung gekommen.

Wie steht es nun aber mit der Verjährung des Kondiktionsanspruches? Bis zur Vollendung der Ersitzung bestand ein solcher sicherlich. Eine Geltendmachung dieses Anspruches vor vollendeter Ersitzung kommt nicht in Frage, da die Konkurrenz des Eigentums- und Kondiktionsanspruches im Sinne der Subsidiarität festzustellen ist, d. h. nur in Ermangelung des Eigentumsanspruches (was aber nie vor vollendeter Ersitzung gegeben sein wird) kann der Kondiktionsanspruch geltend gemacht werden, denn beide Ansprüche gehen auf Herausgabe des Gegenstandes. Aber wie steht es mit der Geltendmachung des Bereicherungsanspruches, nachdem der Eigentumsanspruch untergegangen ist. Auch hier muß die Verjährung des Kondiktionsanspruches unter allen Umständen verneint werden. Es besteht kein Zweifel, daß der Kondiktionsanspruch in dreißig Jahren verjährt, nirgends läßt sich eine zeitliche Einengung dieses Anspruches feststellen. Oder kann ohne weiteres eine Verkürzung der Verjährungszeit des Kondiktionsanspruches im Falle der Ersitzung angenommen werden? Aber warum hat dann der Gesetzgeber nicht ausdrücklich dies festgelegt? Eine Verkürzung der Verjährungszeit des Kondiktionsanspruches aber ist um so weniger anzunehmen, wenn man bedenkt, daß bei einem sofortigen Eigentumserwerb auf Grund eines nichtigen Kaufvertrages der rechtmäßige Besitzer (Eigentümer) unbestritten noch dreißig Jahre auf einen Kondiktionsanspruch nach Erlangung des Eigentums haftet, während es sich bei der Ersitzung nur um einen redlichen Besitzer handelt, und mit Ablauf von zehn Jahren soll jetzt jede Haftung ausgeschlossen sein. Welcher Grund könnte aufzufinden sein, den rechtmäßigen Besitzer schlechter zu stellen als den bloß redlichen?

§ 11.

Guter Glaube und Titel im heutigen Recht.

Was unter gutem Glauben bei der Ersitzung im heutigen Recht zu verstehen ist, geht aus dem Gesetz unmittelbar nicht hervor. § 932 Abs. 2 gibt eine Definition des guten Glaubens, eine andere ist weder im BGB. noch im HGB. vorhanden. Nach § 932 Abs. 2 ist der Erwerber nicht im guten Glauben, wenn ihm bekannt, oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Die allgemeine Ansicht[84]) hält aber für die Ersitzung den

[84]) Statt aller Wolff § 71 a. a. O.

Umfang des guten Glaubens nach § 932 Abs. 2 für zu eng, denn § 932 regelt nur den Besitzerwerb infolge einer Veräußerung, wobei noch weiter vorausgesetzt wird, daß die übertragende Sache nicht dem Veräußerer gehörte. Es werden also darunter nicht die Fälle gefaßt, wo der Veräußerer Eigentümer, aber geschäftsunfähig ist, und dieses dem Erwerber auch bekannt ist. Die Veräußerung ist dann nichtig. Der Erwerber könnte aber ersitzen, da die Voraussetzungen des § 932 nicht gegeben sind. Ebenso könnte eine Ersitzung stattfinden, wenn jemand eine verlorene Sache — von der er genau weiß, daß sie verloren ist — findet und sich aneignet.

Ein derartiges Ergebnis widerstreitet der Grundidee des guten Glaubens. Die Entstehungsgeschichte des § 937 läßt auch erkennen, daß dieses Ergebnis vom Gesetzgeber nicht gewollt war. In den Motiven [85]) wird gesagt: „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn dem Besitzer beim Erwerbe bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt ist, daß ihm das Eigentum nicht zusteht." In den Protokollen [86]) wurde dieser Satz zwar gestrichen. Sachlich sollte daran aber im endgültigen Gesetzestexte nichts geändert werden. Die heutige Fassung des § 937 unter Anknüpfung an die Bestimmung des § 932 Abs. 2. ist lediglich durch ein Streben nach Vereinfachung des Wortlautes entstanden.[87]) Es ist also zu sagen, daß unter gutem Glauben im Sinne des § 937 der nicht grobfahrlässige Glaube des Besitzers an sein Eigentum zu verstehen ist.

Daß nur diese Auslegung vom Gesetzgeber gewollt sein kann, ergibt sich aus dem Wortlaut des Absatz 2 selbst: „oder wenn er es später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht". Wenn es dem Erwerber schadet, nachträglich sein Nichteigentum zu erfahren, dann kann unter gutem Glauben beim Erwerbe logischerweise nur die Ueberzeugung, Eigentum erlangt zu haben, verstanden werden.

Auf Grund wessen kann der Erwerber aber nun die Ueberzeugung erlangen, Eigentum erworben zu haben? Wenn ich zum Beispiel eine goldene Uhr auf der Straße finde oder von einem Hausierer an der Tür eine goldene Dose kaufe, so ist es doch einfach undenkbar für den Fall der Eigentumsersitzung, daß guter Glaube bei mir zu bejahen ist. Meine feste Ueberzeugung, Eigentum durch Okkupation oder durch Einigung und Uebergabe sofort erlangt zu haben, ist doch der gute Glaube eines Kindes oder Geisteskranken, der für die rechtliche Beurteilung gar nicht in Frage kommen kann. Es weiß doch jeder, daß man goldene Uhren nicht wegwirft, also auch nicht okkupieren kann, und goldene Dosen nicht von einem Hausierer kauft. Es bedarf einer Abwägung der Verhältnisse der Sache, ihr Wert bezw. Unwert, die Beschaffenheit, die Lage der Sache, der Ort des Kaufes muß berücksichtigt werden, um überhaupt als gutgläubig gelten zu können. Für den Fall der Ersitzung muß der Ersitzende sich auf Tatsachen berufen können, die den guten Glauben rechtfertigen und wohl fundieren, das

[85]) Motive Bd. III S. 352.
[86]) Protokolle Bd. III S. 233.
[87]) Planck Bd. III zu § 937 Bem. 2 b.

wird aber nie gegeben sein, wenn man es unter schwerer Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unterlassen hat, sich Kenntnis zu verschaffen.

Für das heutige Ersitzungsrecht wird das Vorliegen eines Titels ausdrücklich nicht mehr gefordert. Und gerade diese Voraussetzung war für die Frage, ob nach vollendeter Ersitzung noch ein Kondiktionsanspruch gegeben sein konnte, für das römische Recht so wesentlich. Solange ein mulus verus der Ersitzung zugrunde lag, konnte niemals nach vollendeter Ersitzung ein Kondiktionsanspruch gegeben sein. Nachdem man von diesem strengen Erfordernis der Verität des Titels abging, kamen wir zu einer Bejahung des Kondiktionsanspruches.

Ausdrücklich wird der Titel als Voraussetzung für die Ersitzung nicht mehr verlangt. Dennoch wird dem Titel auch künftighin als Unterstützungsmittel für die Feststellung des guten Glaubens große Wichtigkeit zukommen. Ein guter Glaube ohne irgendwelchen Grund kann nicht als guter Glaube im Sinne der Ersitzung angesprochen werden, und damit ist dem Titel für das Institut der Ersitzung auch heute noch eine maßgebliche Rolle zugedacht. Er braucht nicht verus zu sein, aber einen gewissen Grund der Wahrscheinlichkeit muß die Rechts- und Sachlage für sich haben, ein triftiger Grund muß vorliegen und auch angegeben werden, aus welchem heraus sich erklären läßt, daß bei derivativem Erwerbe der Veräußerer Eigentum habe übertragen wollen und bei originärem Erwerbe, daß der Ersitzende glauben konnte zu okkupieren, da die Sache als herrenlos angesehen werden konnte.

Aber nicht nur um den guten Glauben zu fundieren, hat der Titel im heutigen Ersitzungsrecht noch große Bedeutung. Ebenso wird das Vorliegen eines Titels zum Nachweise des Eigenbesitzes notwendig sein, da der zum Eigenbesitz notwendige Wille[88]) nur aus den Umständen des Besitzerwerbes zu entnehmen ist. Vor allem dann, wenn der Besitz in Verbindung mit einem auf die Eigentumsübertragung gerichteten Rechtsgeschäfte erworben ist.

§ 12.

Der Kondiktionsanspruch nach vollendeter Ersitzung.

Es ist davon auszugehen, daß grundsätzlich bei dem Erwerbe durch Ersitzung es nicht am rechtlichen Grunde hierzu fehlt, daß also in diesen

[88]) Ohne dabei näher auf die Streitfrage einzugehen, ob für den Begriff des Eigenbesitzes der Wille des Besitzers maßgeblich ist, daß dieser also den animus domini haben muß, oder ob das objektive Verhältnis, in welcher der Besitzer zur Sache steht, genügt, wenn man von hier ausgehend zu einer Vermutung des animus domini kommen kann. Meines Erachtens ist der ersteren Ansicht der Vorzug zu geben. Warum sollte das Gesetz jemanden etwas zuerkennen, worauf er selbst gar keinen Wert legt, nur weil ihm die Mitwelt so ansieht. Für die erstere Ansicht Biermann, Planck, Staudinger, Reichsgerichtsräte-Komm. zu § 872; Cosack-Mitteis § 51 I. 2. Endemann Bd. 2 § 30 S. 154; Turnau-Förster Bem. 2 S. 90; Crome § 344 Anm. 2; u. a. RG. Bd. 54, S. 155; JW. 1910 S. 40. Für die zweite Ansicht: Dernburg § 12; Auerbach a. a. O. S. 17; Fischer-Henle Bem. 1 zu § 872.

Fällen ein Bereicherungsanspruch abgelehnt werden muß. Auch heute liegt die ratio des Ersitzungsrechtes in dem Gedanken: „ut aliquis litium finis esset." Die Rechtsordnung will mit Ablauf der Ersitzungszeit im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich eine Beruhigung aller Verhältnisse schaffen. Dem steht aber nicht entgegen, daß in den Fällen, wo der Eigenbesitz ohne rechtlichen Grund erlangt ist, z. B. auf Grund eines nichtigen Kaufvertrages eine gestohlene Sache veräußert wurde, ein Kondiktionsanspruch gegeben sein muß. Die rechtspolitische Erwägung, man müsse endlich sicher gehen, kann diese Lösung in keiner Weise erschüttern. Die größtmögliche Sicherheit ist durch Eigentumserwerb gewährleistet. Von einer Gefährdung dieser Sicherheit kann man aber nicht sprechen, wenn dem Verlierer seines Rechts unter gewissen Umständen ein Kondiktionsanspruch zuzuerkennen ist. Eine größere Sicherheit konnte das Gesetz gar nicht schaffen. Bei sofortigem Eigentumserwerb kann noch ein Kondiktionsanspruch im Laufe von 30 Jahren geltend gemacht werden. Warum sollte man durch die Ersitzung „sicherer" gehen, als man es bei sofortigem Eigentumserwerb kann? Diese verschiedenen Ergebnisse sind doch sehr unbefriedigend, überhaupt wenn man erkannt hat, daß durch die Ersitzung nur der anfängliche Erwerbsmangel geheilt werden soll, also lediglich ein „modus", nicht ein „titulus acquirendi" geschaffen werden soll.*)

Oertmann führt zur Begründung dieser Ansicht noch ein sehr gutes Beispiel an. Ein Geschäftsfähiger schenkt einem gutgläubigen Dritten eine fremde Sache. Der Erwerber erhält zwar sofort Eigentum, haftet aber nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB. noch dreißig Jahre auf Herausgabe des Gegenstandes. Schenkt nun ein Geschäftsunfähiger, so erwirbt der Erwerber zunächst kein Eigentum. Mit dem Erwerbe des Eigentums durch nachfolgende Ersitzung soll aber nun nach zehn Jahren auch zugleich der Kondiktionsanspruch untergegangen sein. Es ist kein Grund einzusehen, warum für letzten Fall eine so bevorzugte Regelung geschaffen werden sollte.

Aus dem Gesetze ist unmittelbar nichts zu entnehmen, was für die eine oder andere Ansicht spricht.

Die Entstehungsgeschichte des BGB. enthält keine bindende Regelung für die Auslegung des BGB. Ebenso ist kein besonderer Wert auf einen Umkehrschluß aus § 951 zu legen, da ein solcher immer nur zu einem sehr unsicheren Ergebnis führen kann. Nach Ansicht des Reichsgerichts läßt sich hier überhaupt kein Umkehrschluß ziehen, und diese Feststellung ist auch sehr gut zu vertreten. Denn nicht der Rechtsverlust durch die Ersitzung als solche verschafft den Kondiktionsanspruch — wie es im Falle des § 951 BGB. für die Verbindung, Vermischung und Verarbeitung gegeben ist —, sondern das der Ersitzung zugrunde liegende Kausalgeschäft, von dessen Gültigkeit ein Behaltendürfen der Sache abhängt.

Es steht nicht im Widerspruch zum Gesetze, daß ein Kondiktionsanspruch nach vollendeter Ersitzung sinngemäß gegeben sein kann. Denn durch die Ersitzung wird absolut gegen jedermann ein Recht ge-

*) Oertmann Komm. Vorbem. 2 c β zu § 812 S. 1330.

schaffen, das aber relativ dem früheren Eigentümer gegenüber als ungerechtfertigt versagt. „Der obligatorische Anspruch, den das Recht in derartigen Fällen dem früheren gegen den jetzigen Eigentümer gewährt, ist der Preis, um den es im Interesse des Verkehrs sich über dessen Eigentum hinwegsetzt.“ [90])

Warum sollte dem Ersitzenden das Gesetz eine Begünstigung verschaffen? Es ist doch nicht annehmbar und durch nichts gerechtfertigt, lediglich aus der Dauer des Besitzes Vorteile für den Ersitzenden zu folgern. Ein derartiges Ergebnis kann doch nicht dem billigen Rechtsempfinden und auch dem Gesetze nicht entsprechen. Eine einseitige Bevorzugung will das Gesetz sicherlich nicht schaffen. Entscheidend für die Beantwortung der Frage ist, daß die Gegenansicht zu unannehmbaren Ergebnissen führen muß. „Und es liegt kein ausreichender Anhalt dafür vor, daß der Gesetzgeber den Ersitzungserwerb in der angegebenen Weise vor dem Traditionserwerb bevorzugen wollte.“ [91])

Der Ersitzende steht sowohl dinglich wie obligatorisch so wie er beim sofortigen Eigentumserwerb gestanden haben würde.

Schwierigkeiten macht auf dem ersten Blick die Behandlung der Fälle, wo nicht durch Tradition, sondern durch einseitigen Aneignungsakt die Sache erlangt und nachher ersessen worden ist, so z. B. bei der usucapio pro derelicto. Bei dieser müssen wir zu dem Ergebnis kommen, daß ein Kondiktionsanspruch nie gegeben sein kann, da im Falle der Okkupation trotz des Vorliegens einer Bereicherung der Okkupant auch niemandem aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung gehaftet hätte. Daß nur dieses Resultat allein befriedigen kann, ergibt sich aus einem Vergleich mit einer Regelung aus dem Fundrechte. In § 977 BGB. wird bestimmt, daß der zum Eigentümer gewordene Finder — der doch mit der Fremdheit der Sache hat rechnen müssen und auch gerechnet hat, andernfalls wäre er ja nicht Finder — nur noch drei Jahre auf einen Bereicherungsanspruch haften soll. Weiter kann dem gutgläubigen Okkupanten einer zum Beispiel von einem Geschäftsunfähigen derelinquierten Sache nicht eine längere und damit schärfere Erstattungspflicht zugemutet werden. Das wäre im Vergleich zu dem Finder eine Unbilligkeit, sogar eine rechtspolitische Unmöglichkeit, die der Gesetzgeber niemals zulassen kann.

Ist die usucapio pro derelicto nun die einzige originäre Erwerbsart im Falle der Ersitzung? Für die Fälle der Verbindung, Vermischung und Verarbeitung ist durchaus auch eine Ersitzung denkbar. Z. B. ein sehr wertvoller Stoff wird von jemanden verarbeitet, der den Wert des Stoffes nicht kennt. Durch die Verarbeitung hat er kein Eigentum erwerben können, da die Voraussetzungen des § 950 BGB. nicht vorliegen. Dem steht nun aber nicht entgegen, daß, wenn er an seinen Eigentumserwerb durch Verarbeitung glauben konnte und auch geglaubt hat, der Eigentumserwerb durch nachfolgende Ersitzung eingetreten ist. Wie steht es aber in einem derartigen Falle mit einem

[90]) Jhering in Jherings Jahrbücher Bd. 16 S. 274.
[91]) RGE. Bd. 130 S. 72.

Kondiktionsanspruch auf Herausgabe des ersessenen Gegenstandes? Daß auch aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung — da der Verarbeiter sich durch Diebstahl oder verbotene Eigenmacht in den Besitz des Stoffes gesetzt hatte — eventuell ein Schadensersatzanspruch gegeben sein kann, der zur Rückübertragung des Gegenstandes verpflichtet, ist sehr wohl denkbar, hat aber mit unserem Thema nichts zu tun. Die Frage ist vielmehr die, ob auf jeden Fall ein Anspruch auf Herausgabe besteht, auch dann, wenn den Verarbeiter in keiner Weise ein Verschulden trifft. Meines Erachtens ergibt sich in diesen Fällen immer ein Kondiktionsanspruch. Denn der Ersitzende soll ja so stehen, wie er bei sofortigem Eigentumserwerb gestanden haben würde. Wenn durch Verarbeitung sofortiger Eigentumserwerb eingetreten wäre, hätte sich ein Bereicherungsanspruch aus § 951 BGB. ergeben. Nachdem nun durch Verarbeitung wegen des hohen Wertes des Stoffes kein Eigentum erworben wurde, Eigentumserwerb vielmehr erst durch nachfolgende Ersitzung erfolgte, kann sich auch jetzt keine andere Lösung ergeben. Das wäre doch rechtspolitisch in jeder Weise zu mißbilligen. Denn sonst würde ja jeder Verarbeiter besser daran sein, wenn erst nachträglich durch Ersitzung Eigentumserwerb eingetreten ist und nicht unmittelbar durch Verarbeitung, und wie sollten diese verschiedenen Lösungen für derartig gleichliegende Fälle dann gerechtfertigt werden?

Die Stellungnahme Haymanns[92]) gegen die Ausführungen von Oertmann und Wolff kann meines Erachtens diese Ansicht nicht widerlegen. Wenn er feststellt, daß für das Beispiel Oertmanns der § 816 BGB. gar keine Anwendung finden könne, da die Verfügung nicht wirksam „ist", sondern erst „wird", so ist diese Unterscheidung zu weitgehend. Zur Begründung seiner Ansicht stellt er das „ist wirksam" und „wird wirksam" in Abs. 1 und Abs. 2 des § 185 BGB. gegenüber. Es ist richtig, daß, terminologisch betrachtet, sich ein Unterschied ergibt, aber auch nur terminologisch. Nach § 184 BGB. hat die Genehmigung rückwirkende Kraft, so daß es dann auch im Sinne des § 816 BGB. so anzusehen ist, wie wenn die Wirksamkeit schon zur Zeit der Verfügung bestanden hätte. In Frage kommt im Falle der Ersitzung ein Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 2 im Moment des Erwerbes des Eigentums, und dann ist die Verfügung wirksam. Dabei ist es doch gleichgültig, ob sie nun von Anfang an wirksam ist oder erst später wurde.[93])

In seinen weiteren Ausführungen, daß lediglich durch die Dauer des Besitzes der Eigentumserwerb gerechtfertigt sei, da ja kein Titel, als Voraussetzung der Ersitzung mehr verlangt würde, übersieht Haymann, daß zwar ein Titel nicht mehr ausdücklich verlangt wird, aber immer noch um den guten Glauben und den Eigenbesitz zu fundieren, vorliegen wird.

[92]) Haymann in Jherings Jahrbüchern Bd. 77 S. 268 ff.

[93]) Vgl. Schöninger: Leistungsgeschäfte S. 33, „Zu den Verfügungen, die dem Berechtigten gegenüber wirksam sind, gehören nicht bloß die Tatbestände des gutgläubigen Erwerbes, sondern auch die Verschaffung durch eine Ersitzung."

Wenn er weiter feststellt, daß der Eigentumserwerbstitel (Ersitzung) gegenüber der bloßen Besitzverschaffung durch den Verkäufer ganz zurücktritt, so kann er doch nicht weiter folgern, selbst für den Fall, daß dieses zuzugeben ist, daß die Besitzverschaffung durch den Veräußerer im Augenblicke der Eigentumsersitzung vollkommen weggewischt würde. Den Besitz hat der Erwerber durch den Veräußerer erlangt, und aus dieser Tatsache ergibt sich beim Erwerbe sine causa für den Veräußerer eine condictio possessionis. Genau wie im römischen Rechte erscheint diese auch im heutigen Recht als „occasionem usucapionis praestare" wie Paulus in der l. 33 D. 39, 6 schreibt. Als weitere Konsequenz ergibt sich hernach zwanglos, wenn das Eigentum ersessen ist, daß der Erwerber dasselbe auf Grund des anfänglich erhaltenen kondizierbaren Besitzes erlangt hat. Diese Feststellung rechtfertigt die Anwendung des Bereicherungsanspruches gegen den Erwerber aus § 812 in Verbindung mit § 818 BGB. auf Herausgabe des Eigentums.[94]) Denn alles das, was aus dem Besitze selbst an Zuwachs fließt — wobei unberücksichtigt bleibt, daß der Ersitzende beim Erwerbe ohne grobe Fahrlässigkeit an sein Eigentum glauben konnte und auch während des zehnjährigen Eigenbesitzes nicht erfahren hat, daß er nicht Eigentümer ist —, unterliegt dem Kondiktionsanspruch, und der Ersitzungserwerb ist als solcher Zuwachs zu bezeichnen.

Auch hier kann uns wieder das römische Recht als Stütze dienen. In der l. 15 § 1 D. 12, 6 wird festgestellt, daß der rechtswidrige Verfüger dem Empfänger durch die praescriptio longi temporis unangreifbar gewordenen Besitz verschafft hat und er diesen „per indebitam condictionem" auch wieder zurückfordern kann.

§ 13.

Der Kondiktionsanspruch kann sowohl dem Verfügenden als auch dem bisherigen Eigentümer nebeneinander in Konkurrenz zustehen.

Soweit die dem Erwerbsakte zugrunde liegende causa rechtlich unwirksam ist, ergibt sich für den Ersitzenden eine ungerechtfertigte Bereicherung, die dieser auch wieder herauszugeben hat.

Es ist nun die Frage, hat nur der nichtberechtigte Verfügende oder nur der verlierende Eigentümer diesen Anspruch, oder endlich ist dieser beiden nebeneinander in Konkurrenz zu gewähren?

Wie wir im ersten Teil unserer Abhandlung bereits festgestellt haben, ergab sich im römischen Rechte ein Kondiktionsanspruch nur für den nicht berechtigten Verfüger. Das ergab sich aus der Auffassung der Römer, daß im Falle der Ersitzung es nicht darauf ankam, „cuius res fuisset", sondern „qui occasionem praestitisset", so Paulus in l. 33 D. 39, 6. Unter keinen Umständen ließen sie einen Kondiktionsanspruch des früheren Eigentümers gegen den Ersitzenden zu.

[94]) Wolff a. a. O. § 71 IV und Anm. 20; Oertmann Recht 1910 und 1915; Enneccerus § 472 Anm. 19. A. A. Gierke a. a. O. S. 999 Anm. 19; Haymann a. a. O. Bd. 77 S. 272 und JW. 1931 S. 1031.

Daß dem nichtberechtigten Verfüger ein Bereicherungsanspruch zustehen kann — soweit man überhaupt einen Kondiktionsanspruch nach vollendeter Ersitzung anerkennt —, ist zweifelsfrei. Durch die Besitzverschaffung des Verfügenden auf Grund eines nichtigen Kausalgeschäftes ist der Ersitzende ungerechtfertigt bereichert. Der Verfügende hat, obwohl er nicht Eigentümer war, ohne rechtfertigenden Grund etwas verloren, nämlich den Besitz. Daß dabei der frühere Eigentümer sein Eigentum verloren hat, ist für die condictio des Veräußerers ohne Belang.

Die Auffassung, daß aber nur dem Verfügenden der Bereicherungsanspruch zusteht, läßt sich meines Erachtens mit der heutigen Rechtsauffassung nicht vereinbaren. Auch dem früheren Eigentümer muß ein Kondiktionsanspruch zuerkannt werden. Im Verhältnis zum Eigentümer ist die Besitzverschaffung durch den Veräußerer nach vollendeter Ersitzung für diesen gleichgültig. Sein Vermögensverlust ist durch einen gesetzlichen Erwerbstatbestand (Ersitzung) eingetreten. Andererseits ist für die Kondiktion diese Feststellung rechtlich unbeachtlich.

Es ist also zu sagen, daß in diesen Fällen eine Konkurrenz der beiden Bereicherungsansprüche des früheren Eigentümers und des Veräußerers möglich ist.[95])

Nach Ansicht von Wolff[96]) hat nur der Veräußerer die condictio. Dem früheren Eigentümer will er lediglich die Abtretung dieses Anspruches geben. Allerdings ohne Begründung. Es ist nicht zu erkennen, aus welcher Ueberlegung Wolff zu diesem Ergebnis gekommen ist, wo doch dem früheren Eigentümer gegenüber sämtliche Voraussetzungen der Bereicherung auch gegeben sind.

Die Annahme eines ausschließlichen Bereicherungsanspruches des Verfügers läßt den bisherigen Eigentümer unter Umständen schutzlos. In den Fällen, wo der Veräußerer wegen § 817 BGB. sein Rückforderungsrecht nicht geltend machen kann, kommt man zu dem Ergebnis, daß der Eigentümer auch nichts zurückerhalten kann. Wolff würde den Eigentümer dafür büßen lassen, daß dem Veräußerer bei seiner Verfügung ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten zur Last fiele.

Diese Ueberlegung rechtfertigt meines Erachtens allein die Ablehnung dieser Ansicht. Auch dem Eigentümer ist ein Kondiktionsanspruch zu gewähren, der mit dem eventuellen Anspruch des Veräußerers in Konkurrenz steht.

Für die Fälle, in welchen sich die usucapio auf einseitige Erwerbsakte stützt, wie zum Beispiel im Falle der usucapio pro specificato, kann natürlich nur dem früheren Eigentümer der Kondiktionsanspruch zustehen.

[95]) So Oertmann im Recht 1915 S. 510.
[96]) Wolff § 71 IV Anm. 19.